Die Rechtsnatur des Inkassotreuhandgeschäfts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der
Universität Marburg

vorgelegt von

Johann Nepomuk Podkomorski
Referendar in Lähn a. Bober.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MARBURG
Buch- und Steindruckerei Köster & Schell.
1915

Referent: Prof. Dr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Anordnungsübersicht.

A. Einleitung.

B. Ausführung: Die Rechtsnatur des Inkassotreuhandgeschäfts.

Abschnitt I: Nichtfiduciarische Theorien.
(Theorien, nach denen die Inkassotreuhandgeschäfte keine fiduciarischen Rechtsgeschäfte sind).

Kapitel I: Die Simulationstheorie.

„ II: Die Legitimationstheorie.

„ III: Wielands Theorie.

Abschnitt II: Fiduciarische Theorien.
(Theorien, nach denen die Inkassotreuhandgeschäfte fiduciarische Rechtsgeschäfte sind).

Kapitel I: Die Gültigkeit des fiduciarischen Geschäfts.

„ II: Die relative Theorie.

„ III: Die Bedingungstheorie.

„ IV: Die absolute Theorie.

C. Schluß.

Literaturverzeichnis.

A. Handbücher, Lehrbücher, Systeme:

I. Privatrecht:

1. Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. I, 1908.
2. v. Canstein, Lehrb. d. Wechselrechts, 1890.
3. Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts, 7. Aufl. 1910.
4. „ Lehrb. d. deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I 6. Aufl. 1913.
5. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900.
6. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches u. Preußens Bd. I 1902; Bd. II 3. Aufl. 1906; Bd. III 4. Aufl. 1908.
7. Endemann, Handbuch des deutschen Handels- See und Wechselrechts Bd. II.
8. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 8. Aufl. Bd. I 1903
9. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. bürgerl. Rechts.
   a) Enneccerus, Allg. Teil, 9—11 Aufl. 1913.
   „ Recht d. Schultverh. 6—8 Aufl. 1912.
   b) Wolff, Sachenrecht, 7—8 Aufl. 1913, zweite Bearbeitung.
10. v. Gierke, O., Deutsches Privatrecht, Bd. II 1905.
11. Grünhut, Wechselrecht, 2 Bde. 1897.
12. Kohler, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts 2 Bde. 1906.
13. Lehmann, K., Lehrbuch des Handelsrechts 2. Aufl. 1912.
14. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.
15. Thöl, Handelsrecht Bd. I 6. Aufl. 1879; Bd. II Wechselrecht 4. Aufl. 1878.
16. v. Tuhr, Der allgemeine Teil d. deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I 1910.

II. Oeffentliches Recht:

1. Fitting, Das Reichskonkursrecht u. Konk. Verfahren 3. Aufl. 1904
2. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1912.
3. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts 1907.
4. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts 1. Teil 1912.
5. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts 1891.
6. „ Leitfaden des deutschen Konkursrechts 2. Aufl. 1903.
7. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht 1899.
8. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1885.

III. Geschichte:

1. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 2. Aufl. 1903.
2. v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts 7—8 Aufl. 1905.
3. Dernburg, Pandekten, Bd. I 7. Aufl. 1903.
4. Gaius, Institutiones herausgeg. v. Krüger und Studemund 4. Aufl. 1899.

5. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. I. 1885.
6. Regelsberger, Pandekten Bd. I 1893.
7. Rechtsquelle: Lex salica, herausgeg. v. Behrend, 2. Aufl. 1897.

B. Monographien, Dissertationen:

I. Privatrecht:

1. André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte 1913.
2. Berolzheimer, Die fiduciarische Cession (Diss.) 1908.
3. Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte 1912.
4. Fuß, Die Rechtsnatur des Voligiros zu Inkassozwecken (Diss.) 1899.
5. Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft (Diss.) 1901.
6. Grünschild, Die Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung 1914.
7. Gunz, Das Vollgiro zu Inkassozwecken 1903.
8. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte.
9. Heymann, Trustee- und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr 1910.
10. Jacobi, Das Wertpapier im bürgerlichen Recht des deutschen Reiches 1901.
11. Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel 1906.
12. Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung 1905.
13. Luetgebrune, Die Sicherungsübereigung 1906.
14. Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung Bd. II 1902.
15. Schott, Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerl. Recht. Breslauer Festschrift f. Felix Dahn 1905 S. 305 ff.
16. Strohal, Ueber relative Unwirksamkeit 1911.
17. Wieland, Der Wechsel u. seine zivilrechtl. Grundlagen 1901.
18. Wulff, Das Vollindossament zu Inkassozwecken, 1892.
19. Zitelmann, Lücken im Recht. 1903.

II. Oeffentliches Recht:

1. Kisch, Parteiänderung im Ziv. Proz, 1912.
2. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, 1894.
3. Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß 1908.
4. Sohm Rud. jun., Wesen u. Voraussetzungen der Widerspruchklage 1908.
5. Stauffacher, Zur Aussonderung fiduciarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduciars (Diss.) 1909.

III. Geschichte:

1. Oertmann, Fiducia im röm. Recht 1890.

C. Kommentare:

I. BGB.

1. Kommentar der Reichsgerichtsräte Bd. I. 2. Aufl. 1913.
2. Neumann, Handausgabe 5. Aufl. 1909.
3. Oertmann, Allg. Teil, 2. Aufl. 1908.
4. „ Recht d. Schuldverh. 3. u. 4. Aufl. 1910.

5. Planck, Bch. I—III, 3. Aufl. 1903.
6. Planck-Strohal, Bch. I 4. Aufl. 1913.
7. Schollmeyer, Bch. II 1. Hälfte 1900.
8. v. Staudinger, neubearbeitet von Riezler, Kuhlenbeck, Kober und anderen 5. u. 6. Aufl. 1910.

II. HGB.

1. Staub, 8. Aufl. bearbeitet von Könige, Stranz, Pinner. 1907.
2. Schaps, IV. Buch, Seerecht 1906.

III. WO.

1. Bernstein, 1898.
2. Rehbein, 7. Aufl. 1904.
3. Staub, 8. Aufl. v. M. Stranz 1912.

IV. KO.

1. Jaeger, 2. Aufl. 1904.
2. „ 3. und 4. Aufl. 1907.
3. Petersen-Kleinfeller, 4. Aufl. 1900.

V. ZPO.

1. Stein, Bd. I 10. Aufl. 1911.

D. Zeitschriften:

I Annalen des Deutchen Reichs, begr. von Hirth und v. Seydel.

1. Weinberger, Die Aussonderung fiduciarisch anvertrauter Werte 1902 S. 401 ff.
2. Kormann, Grundzüge eines allgem. Teils des öffentl. Rechts, 1911 und 1912.

II. Archiv für Bürgerliches Recht, hrsg. von Kohler, Ring, Oertmann

1. Schöny, Treuhandgeschäfte Bd. 35 S. 291 ff.

III. Archiv für civilistische Praxis.

1. v. Lang, Bd. 83 S. 336 ff.
2. Regelsberger, Bd. 63 S. 157 ff.
3. Schöninger, Bd. 96 S. 163 ff.
4. Wendt, Bd. 100 S. 1 ff.

IV. Archiv des deutschen Wechselrechts hrsg. von Siebenhaar.

1. Borhardt, Bd. 1. S. 194 ff. (1851).

V. Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts hrsg. von Busch.

1. Ladenburg, Bd. 29 S. 28 ff.
2. v. Kraewel, Bd. 30 S. 253 ff.
3. Neumann, Bd. 34 S. 77 ff.

VI. Bankarchiv hrsg. von Rießer.

1. Weidemann, Bd. V. S. 164 ff. 176 ff.

VII. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot.

1. Durchholz, Bd. 47 S. 533 ff.
2. Dungs, Bd. 32 S. 8 ff.
3. Dreier, Bd. 40 S. 233 ff., S. 449 ff.
4. Hellwig Hans, Bd. 55 S. 607 ff.
5. Holz, Leonhard, Bd. 50 S. 310 ff.
6. Schmidt Alfons, Bd. 57 S. 241 ff.
7. Skonietzki, Bd. 29 S. 53 ff. S. 210 ff.
8. Wienstein, Bd. 45 S. 241 ff.

VIII. Deutsche Juristen-Zeitung begr. von Laband, Stenglein, Staub.

1. Heymann, (Gerichtsassessor) 1912 Sp. 1509 ff.

IX. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, hrsg. von Strohal und Ehrenberg.

1. Kohler, Bd. 16 S. 91 ff., S. 325 ff.
2. Schultze Alfred, Bd. 43 S. 1 ff.

X. Juristische Wochenschrift hrsg. von Neumann.

1. Wilutzky, 1901 S. 710 ff.

XI. Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

1. Pappenheim, Bd. 44 S. 334 ff.
2. Rehme, Bd. 46 S. 246 ff.
3. Riezler, Bd. 48 S. 65 ff.

XII. Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht, hrsg. von Düringer, Jaeger und Könige

1. Mansfeld, 1913 S. 417 ff.
2. Wienstein, 1908 S. 881 ff.

XIII. Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen begr. von Holdheim, hrsg. von Heilbrunn.

1. Heilbrunn, Bd. 15 S. 89 ff.

XIV. Recht und Wirtschaft, Monatsschrift hrsg. von Reichel, Riss und Rumpf.

1. Fischer A., 1913 S. 197 ff.

XV. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung hrsg. von Kober und Engelmann.

1. Müller Gustav, Bd. 72 S. 967 ff.

XVI. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß begr. von Busch, hrsg. von Schultzenstein und Vierhaus.

1. Schmidt Richard, Bd. 29 S. 535 ff.

XVII. Zeitschrift für das gesamte Handels und Konkursrecht, begr. von Goldschmidt.

1. Brunner, Bd. 23 S. 225 ff.
2. Goldschmidt, Bd. 28 S. 63 ff.

XVIII. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, hrsg. von Grünhut.

1. de Jonge Bd. 15 S. 563 ff.

E. Entscheidungen:

1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
2. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
3. Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Mugdan und Falkmann.
4. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

F. Sammelwerke:

1. Hahn, Die gesamten Materialien zur KO. 1881.
2. Neumann, Jahrbücher des deutschen Rechts.
3. Protokolle zum BGB. Bd. II.
4. Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages Bd. IV. 1893.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556035_0127

Einleitung.

I. Unter Inkassogeschäften versteht man diejenigen Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Gläubiger und einem Dritten zu dem Zwecke vorgenommen werden, daß der Dritte die Forderung für den Gläubiger einzieht.

Im weiteren Sinne sind Inkassogeschäfte auch diejenigen Rechtsgeschäfte, durch die ein Berechtigter einen Dritten in die Lage versetzt, das Recht des Berechtigten für dessen Rechnung zu verwerten.

Die Inkassogeschäfte im weiteren Sinne sollen in der vorliegenden Abhandlung nicht erörtert werden.

II. Die Inkassogeschäfte haben eine nicht geringe wirtschaftliche Bedeutung.

Die Mehrzahl der Banken beschäftigt sich mit ihnen. Ja, es bestehen zahlreiche „Inkassobüros" und „Inkassoagenten", die sich fast ausschließlich dem Inkassogeschäft widmen. Dabei sind die Inkassogebühren unbeträchtlich. Namentlich in den letzten Jahren sind sie erheblich verbilligt worden.[1])

Durch die Inkassogeschäfte wird die Idee der Arbeitsteilung im Verkehr zwischen Gläubiger und Schuldner verwirklicht. Alle Vorzüge der Arbeitsteilung bringen die Inkassogeschäfte daher mit sich.

Ein Beispiel zeige diese Vorteile: Der Landwirt L. in A. hat gegen den Getreidehändler G. in Danzig eine Wechselforderung für geliefertes Getreide. L. will die Forderung einziehen. Hierzu muß er die Wechselurkunde dem G. aushändigen. Dies muß gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen. Es wird nämlich weder L. vor der Zahlung aushändigen, noch G. vor der Aushändigung zahlen. Denn L. könnte bei vorangehender Zahlung den Wechsel an gutgläubige Dritte wei-

1) Vgl. Obst, Geld- Bank- und Börsenwesen S. 189 ff. (7. Aufl. 1912).

tergeben, und G. hätte bei vorangehender Aushändigung zu frühzeitig ein sicheres Beweisstück in den Händen. L. wohnt nun weit entfernt von Danzig. Mit einer Wechselforderung versteht er wenig umzugehen. Er wendet sich deshalb an eine Bank in der benachbarten Stadt S., händigt ihr den Wechsel aus und beauftragt sie in entsprechender Weise mit der Einkassierung. Die Bank in S. beauftragt wiederum ihr etwaiges Zweiggeschäft in Danzig oder eine dortige befreundete Bank mit dem Inkasso. Die Bank in Danzig zieht die Wechselforderung ein, erhebt frist- und formgerecht eventuelle Proteste und Wechselklagen gegen den Hauptschuldner und die Regreßpflichtigen, schreibt dem Landwirt L. den Betrag gut oder händigt ihm die Summe aus. Der Landwirt spart sich eine Reise, erhält vom Fälligkeitstage an Zinsen, bewahrt sich vor Schäden, die ihm aus Rechtsunkenntnis erwachsen könnten.

Die Inkassogeschäfte gewähren also eine schnellere, billigere und sicherere Forderungseinziehung.

III. Es sind zwei Arten von Inkassogeschäften zu unterscheiden:

1. Diejenigen Rechtsgeschäfte, durch die der Gläubiger einem Dritten nur eine Vollmacht erteilt. Der Dritte handelt im fremden, des Gläubigers Namen. Ein geeigneter Ausdruck für diese Inkassogeschäfte ist: Inkassovollmachtserteilungen. Beispiele sind: die schlichte Vollmachtserteilung nach BGB. § 164 ff. und das ausdrückliche Prokuraindossament, WO Art. 17.

2. Diejenigen Rechtsgeschäfte, durch die der Dritte berechtigt wird, im eigenen Namen zu handeln. Dies geschieht fast durchweg durch Uebertragung gewisser Rechte auf den Dritten.[1]) Diese Inkassogeschäfte nennen wir: Inkassotreuhandgeschäfte oder Inkassoübertragungsgeschäfte oder auch Rechtsübertragungen zwecks Einkassierung. Beispiele hierfür bieten: die schlichte Forderungs-

1) Möglich ist es auch, daß der Gläubiger nur ein Verfügungsrecht nach § 185 BGB. dem Dritten bestellt. Dies ist jedoch sehr selten, da es dem Zweck des Inkassogeschäfts, namentlich im Prozeß, nicht entspricht. Hierüber siehe unten Seite 12.

abtretung nach BGB § 398 (sog. Inkassocession), die wechselmäßige Uebertragung einer Wechselforderung (sog. Vollindossament zu Inkassozwecken; Inkassovollindossament; stilles, verdecktes, verkapptes Prokuraindossament). Nicht selten wird auch auf den Dritten ein Recht übertragen, das der Dritte auf den Schuldner weiterübertragen soll, da dieser nur gegen eine solche Leistung zur Gegenleistung verpflichtet ist. Häufig ist z. B. folgender hier einschlägige Fall: Kaufmann K. hat einen Wechsel des Lieferanten L. akzeptiert und sich zur Zahlung gegen Aushändigung des Konnossements über die gelieferten Waren verpflichtet. („Kasse gegen Verladungsdokumente"). L. überträgt durch Vollindossament sowohl den Wechsel als auch das Konnossement auf den Bankier B. zur Einkassierung mit dem Ersuchen, den Wechsel vom Schuldner einzukassieren und das Konnossement an ihn weiterzuindossieren.

IV. Gegenstand der vorliegenden Abhandlung sollen nur die Inkassogeschäfte der zweiten Art sein: die Inkassotreuhandgeschäfte.

Sie sind alltäglich. Sie bezwecken, den einziehenden Dritten so zu stellen, daß er sicherer und erfolgreicher im eigenen Namen auftreten kann. Dabei soll aber die einzuziehende Forderung dem beauftragenden Gläubiger wirtschaftlich verbleiben. Der einkassierende Dritte soll nur ein Werkzeug des Gläubigers sein. Deshalb werden auch die zum Inkasso übertragenen Gegenstände von dem Inkassomandatar[1]) von seinem Vermögen gesondert gebucht[2]). Ferner erscheinen sie in der Bilanz des Inkassomandatars nicht unter seinen Aktiven[3]).

Oft erfolgt die Forderungseinziehung nicht nur im Interesse des Inkassomandanten, sondern auch im Interesse

1) Zur Terminologie: Inkassomandant ist derjenige, für den die Forderung eingezogen wird; Inkassomandatar ist derjenige, der die Forderung einzieht. Die Ausdrücke sind ungenau; denn unter einem Mandat im juristischen Sinne versteht man nur einen unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag. Die Ausdrücke sind jedoch eingebürgert. Wir wenden sie auch deshalb an.

2) Heymann, Trustee S. 51 Anm. 4.

3) Grünschild, Treuhänderschaft S. 12 f.

des Inkassomandatars. Der Inkassomandatar läßt sich nämlich nicht selten ein Recht deshalb übertragen, um sich aus der eingezogenen Summe wegen einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung zu befriedigen. An Zahlungsstatt übernimmt man eine Forderung nicht immer gern; denn vielfach kennt man nicht die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Diese Art des Inkassotreuhandgeschäfts ist eine freiwillige Forderungsüberweisung zur Einziehung und ein Gegenstück zu der so häufigen zwangsweisen, gerichtlichen Ueberweisung zur Einziehung. (Vgl. ZPO § 835ff).

Die wichtigsten Inkassoübertragungen sind die Inkassovollindossamente. Es gilt im Handel als Ausdruck eines Mißtrauens, wenn man einen Wechsel zum Inkasso mit einem ausdrücklichen Prokuraindossament nach Art 17 WO. versieht, obwohl es gerade auch für diesen Fall vorgesehen und — im Gegensatz zu dem verdeckten Prokuraindossament — gesetzlich geregelt ist.

Im folgenden soll die juristische Natur der Inkassotreuhandgeschäfte erörtert werden. Dabei werden drei Fälle der Rechtsübertragungen zwecks Einkassierung, da sie fast ausnahmslos vorkommen[1]), besonders hervorgehoben werden:

1. die Inkassocession,
2. das Inkassovollindossament,
3. die Rechtsübertragung zwecks Weiterübertragung.

Seit jeher spielen bei unserem Thema zwei Fragen eine hervorragende Rolle: die Frage nach der Aussonderung der zwecks Einkassierung übertragenen Rechte im Konkurse des Einziehenden und die Frage, ob beim Inkassovollindossament die gegenüber dem Inkassoindossanten bestehenden Einreden dem Inkassoindossatar gegenüber wirksam geltend gemacht werden können. Diese zwei Streitfragen sollen auch in unserer Erörterung berücksichtigt werden.

1) Andere Fälle der Rechtsübertragung zwecks Einkassierung (Verwertung) sind z. B. die Uebertragung eines Erbteils, einer Grundschuld, Rentenschuld, Reallast, eines immateriellen Güterrechts wie eines Patentrechts, Urheberrechts, Musterrechts.

Ausführung.

Die Rechtsnatur der Inkassotreuhandgeschäfte.

Die Rechtsnatur der Inkassotreuhandgeschäfte ist außerordentlich bestritten. Die Ansichten hierüber zerfallen in zwei Gruppen. Die erste Gruppe sieht die Inkassoübertragungsgeschäfte als nichtfiduciarisch an, die zweite hält sie für fiduciarisch. Dabei sind unter fiduciarischen Geschäften solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, bei denen der juristische Erfolg weitergeht als der von den Parteien angestrebte wirtschaftliche Zweck[1]). Fiduciarisch sind nicht etwa schon solche Rechtsgeschäfte, die ein Vertrauen einer Partei zur andern voraussetzen[2]). Denn dann wäre auch jede Vollmachtserteilung, z. B. die Prokuraerteilung fiduciarisch (HGB. §§ 49 Abs. 1; 50 Abs. 1). Ebenso die Uebertragung des Besitzes einer beweglichen Sache (BGB. § 932).

Abschnitt I.

Nichtfiduciarische Theorien.

Sie haben eins gemeinsam: Der Inkassomandatar wird weder Gläubiger noch Eigentümer der ihm überlassenen Gegenstände. Sie gehören nicht in sein Vermögen. Der Inkassomandant kann daher aussondern. Aus demselben Grunde sind beim Inkassovollindossament Einreden aus der Person des Indossanten statthaft.

Kapitel I.

Die Simulationstheorie.

1. Die These.

Die Rechtsübertragung ist nur zum Schein erfolgt. Die Parteien wollen dritten gegenüber einen Rechtsübergang vorspiegeln. Zu diesem Zweck wird ein Rechtsschein,

---

1) Kohler, Iherings J. 16, 142; Regelsberger, Arch. Civ. Prax. 63, 173; Enneccerus, Bürg R. (8/11) § 139 II.

2) Diese Auffassung scheint Sohm, Widerspruchsklage S. 118 vorzuschweben.

eine „Legitimation“ geschaffen[1]). In Wirklichkeit ist aber keine Rechtsübertragung gewollt, sondern es liegt nur die verdeckte Erteilung einer Vollmacht, also ein verdecktes Scheingeschäft vor. BGB. § 117 Abs. 2

Die Anhänger dieser Theorie leugnen nicht allgemein die Zulässigkeit eines fiduciarischen Geschäfts[2]). Sie behaupten nur, daß die Rechtsübertragung zu Inkassozwekken nicht fiduciarisch, sondern simuliert sei.

II. Vertreter der Theorie.

Die Simulationstheorie war früher sehr verbreitet. Für das Inkassovollindossament wurde sie vertreten von Borchardt, Ladenburg, v. Kraewel, Neumann, v. Canstein und Bernstein[3]). Für die Inkassozession und das Vollindossament wird sie heute vertreten von Schöninger, Sohm, Müller[4]).

III. Kritik.

1. Die Simulationstheorie übersieht, daß die Parteien ein Vollmachtsverhältnis gerade vermeiden wollen. Sie wollen nur eine „Vollmacht“ im wirtschaftlichen Sinne, d. h. ein Handeln für fremde Rechnung. Juristisch soll der Inkassomandatar im eigenem Namen klagen können, nicht im fremden, also nicht Bevollmächtigter im juristischem

1) Das Wort „Legitimation“ bedeutet Verschiedenes und führt daher zu Unklarheiten:

a) Legitimation = Vertretungsmacht (oft von Laien gebraucht).

b) Legitimation = Prozeßführungsrecht oder Prozeßführungspflicht (Sachlegitimation).

c) Legitimation = Rechtsschein, der Vermutungskraft besitzt, und dem der Gutgläubige ohne Gefahr vertrauen kann (z. B. beim Indossament, Grundbucheintrag). In dieser Bedeutung wird es in unser Abhandlung gebraucht.

2) Vgl. Bernstein, WO. Art. 17 § 3, 1; Schöninger, Arch. Civ. Prax. 96, 171; Sohm, Widerspruchsklage S. 118; anders z. B. v. Canstein, Wechselrecht S. 112, 410.

3) Borchardt, Siebenhaars Arch. I, 194 ff; v. Kraewel, Busch' Arch. 30, 253; Ladenburg, Busch' Arch. 29, 28; Neumann, Busch' Arch. 34, 77; Bernstein, WO. Art. 17, § 3; v. Canstein, Wechselrecht S. 112, 410 f.

4) Schöninger, Arch. Civ. Prax. 96, 196; Sohm, Widerspruchsklage S. 117; Müller, Seuff. Bl. 72, 978.

Sinne sein. Er soll sicher auftreten können. Der Schuldner soll sein Recht keinesfalls bemängeln dürfen[1]). Deshalb nehmen die Parteien auch einen über den wirtschaftlichen Zweck hinausschießenden juristischen Erfolg mit in den Kauf.

Die Simulationstheorie hält also den wirtschaftlichen und den rechtlichen Zweck des Geschäfts nicht genügend auseinander. Hierin liegt einer ihrer Fehler.

2. Ein zweiter liegt in der Konstruktion.

Nach der Simulationstheorie soll die angebliche Rechtsübertragung in eine Vollmachtserteilung umgedeutet werden. Wohl könnte man unter Umständen eine einfache zivilrechtliche Vollmacht annehmen, nie aber eine Prozeßvollmacht. Denn eine Prozeßvollmacht muß schriftlich d. h. auch ausdrücklich erfolgen. ZPO. § 80 Abs. 1. Der klagende Inkassomandatar müßte also wegen mangelnder Prozeßvollmacht abgewiesen werden. Er wäre weder im fremden noch im eigenen Namen zu klagen berechtigt.

Man kann auch nicht etwa von einem Vollindossamentsvermerk auf ein Prokuraindossament, das eine Prozeßvollmacht enthält, schließen. Denn das Prokuraindossament bedarf einer vorgeschriebenen Form, der das Vollindossament nicht genügt. Es ist ein das Vollmachtsverhältnis ausdrückender Zusatz erforderlich[2]). WO. Art. 17.

3. Aber auch eine gültige Prozeßvollmacht oder eine gerichtliche Zulassung des Nichtbevollmächtigten nach ZPO. § 89 Satz 1 und die nachträgliche Einreichung einer gültigen Prozeßvollmacht würde wenig nützen.

In dem Uebergang zur Klage im fremden Namen läge eine Parteiänderung. Diese stellt sich richtiger Ansicht nach als eine Klagezurücknahme des bisherigen Klägers und Erhebung einer neuen Klage im Namen eines anderen Klägers dar[3]). Die Zurücknahme der Klage könnte

1) Cosack, Bürg. R. (6) I S. 257 f.

2) Vgl. Regelsberger, Arch. Civ. Prax. 63, 186.

3) Vgl. Kisch, Parteiänderung S. 1 ff., besonders S. 42 f., Folgt man dieser Meinung nicht, dann müßte man wenigstens nach ZPO § 264 eine unzulässige Klageänderung annehmen. Die Folge wäre ebenfalls Klagabweisung.

nur mit Einwilligung des Beklagten geschehen. (ZPO. § 271 Abs. 1). Bei Verweigerung der Einwilligung würde der Inkassomandatar abgewiesen werden. Jedenfalls hätte er die Kosten zu tragen. (ZPO §§ 91, 271 Abs. 3). Die Verjährung wäre vielleicht eingetreten, weil der richtige Anspruch noch gar nicht eingeklagt wäre. Die Prozeßzinsen (§ 291 BGB.) wären, wenn nicht zugleich Verzug vorläge, verloren.

4. Aus diesen Ausführungen ergibt sich die Unrichtigkeit der Simulationstheorie.

Sie würde den Zweck, den die Parteien mit dem Inkassogeschäft verfolgen, vereiteln. Statt einer Erleichterung der Einziehung brächte sie eine Erschwerung. Dies entspricht wahrhaftig nicht dem Willen der Parteien.

Gegen die Simulationstheorie spricht sich auch das Reichsoberhandelsgericht in dem berühmten, auf den Vortrag Goldschmidts hin ergangenen Urteil vom 9. April 1892 aus[1]). Ebenso mit dem Reichsgericht die herrschende Meinung[2]).

Kapitel II.

Die Legitimationstheorie.

I. These.

Der Inkassomandant überträgt sein Recht nicht. Er ermächtigt nur den Inkassomandatar, sein, also ein dem Inkassomandatar fremdes Recht auszuüben, über das Recht zu verfügen und dies Recht im eigenen Namen einzuklagen. Der Inkassomandatar erhält also dreierlei: ein Ausübungsrecht, ein Verfügungsrecht (BGB § 185) und ein Einklagungsrecht. Bei einer einfachen Forderung genügt diese dreifache Ermächtigung, bei einer indossablen Forderung muß dagegen ein Indossamentsvermerk hinzukommen. Denn nur durch diesen Indossamentsvermerk erhält der Ermächtigte die nötige Legitimation d. h. den Rechtsschein des Eigentümers der Urkunde und des Gläubigers der Forderung. Diese Legitimation ist zur Vornahme einer

1) ROHG. 6, 57 f.; Goldschmidt, Z. f. HR 28, 82 Note 36.

2) RG. 25, 210; 29, 129; 37, 106; 39, 167; ferner Kohler, Iherings J. 16, 150; Staub-Strauz, WO. (8) Art. 17 Anm. 17; Dernburg, Bürg R. (3) Bd. I Abt. 1 § 135 (S 347); A. Schultze, Jherings J. 43, 49 Note 7.

Indossierung, namentlich beim Wechsel, erforderlich. Insbesondere braucht ein Wechselschuldner nur an den Legitimierten zu zahlen (WO. Art. 36 ff.).

Auch wenn die Parteien von einer Rechtsübertragung reden sollten, so ist dies doch nur ein schlecht gewählter juristischer Ausdruck. Der richtig verstandene und wahre Parteiwille ist die Schaffung einer bloßen Ermächtigung zum Handeln im eigenen Namen.

Da der Inkassmandant seine Rechte behält, gehören sie nicht in das Vermögen des Inkassomandatars. Sie können daher ausgesondert werden.

Die Legitimationstheorie stimmt mit der Simulationstheorie darin überein, daß der Mandant seine Rechte nicht überträgt, sondern andersartige Rechte (Vollmacht, Ausübungsrecht, Verfügungsrecht, Einklagungsrecht) für den Inkassomandatar begründet. Sie nimmt aber im Gegensatz zur Simulationstheorie kein simuliertes Geschäft an und läßt den Inkassomandatar stets im eignen Namen handeln.

II. Vertreter der Legitimationstheorie sind:

1. Für die Inkassocession und das Inkassovollindossament: Staub, Wienstein, Alfons Schmidt. Für die Incassocession wird die Legitimationstheorie auch vom Reichsgericht, allerdings in einer vereinzelten und für das preussische Recht ergangenen Entscheidung vertreten[1]).

2. Für das Vollgiro zum Inkasso: Jacobi, Cosack, E. Heymann, Fuß, Mansfeld[2]).

3. Andere Fälle der Inkassotreuhandgeschäfte sind bis jetzt in der Literatur nicht erörtert worden.

4. Aehnlich konstruieren auch Skonietzki (Uebertragung eines Dispositionsrechts) und Dungs (Unterschei-

1) Staub-Pinner, HGB. (8) § 222 Anm. 16 ff.; Staub-Stranz, WO (8) Art. 17 Anm. 8; Alfons Schmidt, Gruchots Beit. 57, 241 ff.; Wienstein, LZ 1908 Sp. 884; RG. 25, 207 ff.: allgemein für alle fiduciarischen Geschäfte: Heymann (Gerichtsassessor) DJZ. 1912 Sp. 1509 ff.

2) Jacobi, Wertpapiere 41 ff, 48 ff. und das Wertpapier als Legitimationsmittel 55 ff.; Cosack, Handelsrecht (7) § 67 I (S. 264 f.); Fuß, Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken S. 122 ff.; Mansfeld, LZ. 1913, 428; Heymann, Trustee 55 ff.

dung der Substanz der Forderung vom Forderungsrecht selbst)[1].

III. Kritik.

1. Ist die Legitimationstheorie bei der Inkacession zulässig?

a. Die Gründe dafür:

Nach ihr würden vor allem die Inkassotreuhandgeschäfte keine fiduciarischen Rechtsgeschäfte sein. Der wirtschaftliche Zweck würde sich mit dem juristischen Erfolg decken. Dies wäre ein großer Vorzug; denn fiduciarische Geschäfte haben immer etwas Mißliches an sich: sie geben dem Treuhänder eine größere Macht, als wirtschaftlich erforderlich ist.

Hieraus ergibt sich, daß der Vorwurf Weinbergers und Stauffachers, die Legitimationstheorie verkenne das Wesen der Treuhandgeschäfte, unrichtig ist. Denn die Inkassogeschäfte sind nach der Legitimationstheorie garnicht fiduciarisch[2]).

Ferner hätte der Inkassomandant ein Aussonderungsrecht, da er seine Rechte behält.

b. Gegen die Legitimationstheorie spricht jedoch ein wichtiger und entscheidender Grund.

Die Legitimationstheorie setzt voraus: ein durch Ermächtigung geschaffenes Einklagungsrecht fremder Rechte im eigenen Namen[3]). Ein solches kann aber von dem Inhaber des geltend zu machenden Rechtes einem andern nicht bestellt werden. Mit dem Beweis dieser Unmöglichkeit fällt die Legitimationstheorie in sich zusammen; denn die Begründung eines Einklagungsrechts ist bei einer

1) Skonietzki, Gruchots Beitr. 29, 231 ff.; Dungs, Gruchots Beitr. 32, 18 f.

2) Weinberger, Hirths. Ann. 1902 S. 409 f.; Stauffacher, Zur Aussonderung fiduciarischer Werte (Diss.) S. 10, 29. Auch Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte, S. 236 spricht bei der Legitimationstheorie von einem Treuhänder und einem Treugeber. Die richtig verstandene Legitimationstheorie kennt diese garnicht.

3) Wir nennen es im folgenden kurz „Einklagungsrecht“ und die Ermächtigung, auf der es beruhen soll „Einklagungsermächtigung.“

Inkassozession einer der wesentlichsten Zwecke, den die Parteien verfolgen.

α. Nach gemeinem Recht war nur derjenige zur Klage berechtigt, der Subjekt des geltend zu machenden Rechts war. Deshalb indentifizierte man vielfach das materielle Recht mit dem prozessualen Rechtsschutzanspruch. Der Ausdruck „actio" bedeutet beides.

Nach heutigem Recht ist jedoch der Rechtsschutzanspruch von dem materiellen Recht scharf zu scheiden[1]). Er richtet sich gegen den Staat, nicht gegen den Privatmann. Er ist öffentlichrechtlicher, nicht privatrechtlicher Natur.

Jedoch steht er mit dem materiellen Recht vielfach in enger Beziehung; denn in der Regel steht er dem Subjekt des Privatrechts zu. Dieser Grundsatz ist aber durchbrochen, namentlich für den Konkursverwalter (KO. §§ 10,11), für den Testamentsvollstrecker (BGB. § 2212), für den Ehemann, der ein zum eingebrachten Gut der Frau gehörendes Recht geltend macht (BGB. § 1380). In diesen Fällen ist der Träger des Privatrechts von dem Träger des publizistischen Rechtsschutzanspruchs verschieden. Das Subjekt des Rechtsschutzanspruches macht ein fremdes materielles Recht im eigenen Namen geltend. Dieses Einklagungsrecht beruht auf Gesetz. Es ist aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben: Der Einklagungsberechtigte führt die Verwaltung über ein fremdes Sondervermögen. Dazu braucht er das Recht zu prozessualer Geltendmachung der

1) Vgl. Wach, Handbuch des ZPr.R. I S. 19 ff.; Hellwig, System § 110 (S. 291 ff.); Enneccerus, Bürg R, § 205. Kormann, Hirths Ann. 1911 S. 916 hält das Klagerecht für ein Gestaltungsrecht, durch dessen Ausübung erst ein Rechtsschutzanspruch entsteht. Dies ist jedoch unzutreffend. Denn es ist zwar richtig, daß das Klagerecht an die Erfüllung gewisser Vorbedingungen geknüpft ist (ZPO. § 253). Deshalb braucht man aber nicht gleich zu der gekünstelten Annahme eines Gestaltungsrechts, durch dessen Ausübung ein Rechtsschutzanspruch entsteht, zu greifen. Natürlicher ist es vielmehr, einen öffentlichrechtlichen, gegen den Staat gerichteten Anspruch anzunehmen, dessen gültige Ausübung an die Erfüllung gewisser, in der ZPO. aufgezählter Rechtsbedingungen geknüpft ist. Eine Parallele aus dem Privatrecht bietet z. B. ein gegen einen Indossanten gerichteter Wechselregreßanspruch, der einen ordnungsmäßigen Protest als Rechtsbedingung voraussetzt.

zum Sondervermögen gehörenden Rechte.

Kann aber ein solches Einklagungsrecht eines fremden materiellen Rechts im eigenen Namen einem anderen durch Rechtsgeschäft von dem Träger des materiellen Rechts verschafft werden?

Diese Frage birgt ein interessantes, wenig untersuchtes Problem in sich.

Von der herrschenden Meinung wird die Frage verneint, so von Kohler, K. Hellwig, Stein, Rosenberg[1]). Die Rechtssprechung schwankt[2]). Bejaht wird sie schlechthin von A. Schmidt[3]). Vermittelnd ist der Standpunkt H. Hellwigs[4]). Er läßt die Ermächtigung für den Fall zu, daß der Beklagte nicht widerspricht.

β. Prüfen wir zunächst die Gründe, die für die Zulässigkeit einer Einklagungsermächtigung geltend gemacht werden!

aa. Das Reichsgericht folgert die Zulässigkeit daraus, daß einem Dritten ein Verfügungsrecht nach BGB. § 185 Abs. 1 verschafft werden kann[5]). Dies geht aber nicht an:

Das Verfügungsrecht ist ein Gestaltungsrecht. Der zur Verfügung Ermächtigte kann über das fremde Recht, in unserem Falle eine Forderung, verfügen, also eine Rechtsänderung im Vermögen des Ermächtigten herbeiführen. Der Ermächtigte erhält aber keinen Anspruch gegenüber einem Dritten, insbesondere nicht gegenüber dem Schuldner. Der Schuldner kann an den Ermächtigenden mit befreiender Wirkung leisten. Er braucht es aber nicht, denn er ist nur dem Ermächtigenden nicht dem Ermäch-

1) Kohler, Ges. Beitr. z. Z. Proz. S. 299; K. Hellwig, System § 74 III 1 (S. 175); Stein, ZPO (10) Vorbem. vor § 50 I, 2, S. 135; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß S. 18.

2) Für die Verneinung: RG. 57, 90; 66, 418; JW 1905, 718 Nr. 8; JW 1908 S. 479 Nr. 10; OLG Hamburg, OLG Rspr. 20, 33. Für die Bejahung: RG. 73, 308; 53, 411; OLG Rostock, OLG Rspr. 8, 186.

3) A. Schmidt, Gruchots Beitr. 57, 246.

4) H. Hellwig, Gruchots Beitr. 55, 624 f.

5) RG. 73, 709.

tigten gegenüber zur Leistung verpflichtet. § 185 dient nur zu seinem Schutze[1]).

Mit dem Verfügungsrecht ist wie mit jedem subjektiven Recht ein Rechtsschutzanspruch verknüpft.

Dieser Rechtsschutzanspruch geht jedoch nur auf Feststellung des Verfügungsrechts gegenüber dem Inkassomandanten, nicht aber auf Verurteilung des Schuldners zu einer Leistung.

bb. Auch durch Analogie der Vorschriften der §§ 1282 BGB., 835, 836 ZPO. kann die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Einklagungsermächtigung nicht begründet werden. Dies muß ich im Gegensatz zum Reichsgericht behaupten[2]). Nach den angeführten Vorschriften hat der Pfandgläubiger das Recht, die ihm verpfändete oder gepfändete Forderung bei Fälligkeit im eigenen Namen einzuklagen. Diese Einklagungsermächtigung beruht aber auf Gesetz, nicht auf Rechtsgeschäft. Sie steht dem Pfandgläubiger nicht kraft des fremden Forderungsrechts, sondern kraft seines eigenen Pfandrechts zu. An dies ist sein Rechtsschutzanspruch geknüpft. Außerdem hat das Einklagungsrecht des Pfandgläubigers seine Berechtigung. Der beklagte Schuldner kann zwar Nachteile dadurch haben, daß ein Dritter und nicht sein wahrer Gläubiger klagt. Aber diese Nachteile wiegen diejenigen Nachteile nicht auf, die der Pfandgläubiger ohne ein Einklagungsrecht hätte; denn er könnte sein Pfandrecht nicht verwerten. Ein gleicher Zweckmäßigkeitsgrund fehlt bei der willkürlich durch Rechtsgeschäft erteilten Ermächtigung.

cc. Auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit, den das Reichsgericht heranzieht[3]), kann die Zulässigkeit einer Einklagungsermächtigung nicht begründen. Denn die Vertragsfreiheit herrscht nur im Privatrecht und auch hier nur im Schuldrecht. Im Zivilprozeßrecht gilt sie nicht[4]).

1) Ebenso: Schöninger, Arch. Civ. Prax. 96, 187 mit ähnlicher Begründung; H. Hellwig, Gruchots Beitr. 55, 610 ohne Begründung.

2) RG. 73, 308 f.

3) RG. 73, 708.

4) Vgl. H. Hellwig, Gruchots Beitr. 55, 609.

dd. Auf eigenartige Weise will A. Schmidt die Zulässigkeit beweisen[1]). Das Einklagungsrecht ergibt sich nach ihm aus dem Ausübungsrecht, welches der Träger eines übertragbaren Rechts einem anderen bestellen kann. Was ist aber das Ausübungsrecht? Darauf gibt A. Schmidt keine Antwort. Es könnte sein:

αα. ein Verfügungsrecht nach BGB. § 185 Abs. 1. Dadurch erhält der Ermächtigte aber keinen Anspruch gegenüber dem Schuldner, sondern nur ein Gestaltungsrecht und einen entsprechenden Rechtsschutzanspruch (Vgl. oben S. 12 f.).

ββ. Das Ausübungsrecht könnte auch ein Nießbrauch an der Forderung sein.

Wäre die Forderung unverzinslich, dann hätte der Inkassomandatar ein Recht zur Einziehung und Kündigung (BGB § 1074) und einen entsprechenden Rechtsschutzanspruch. Dies entspricht scheinbar dem Zweck eines Inkassogeschäfts. Aber bei genauerem Zusehen ist das doch nicht der Fall. Der Nießbrauch würde zum Vermögen des Inkassomandatars gehören. Ebenso das Eigentum am Geld nach der Einziehung (BGB. § 1075 Abs. 2). Fielen diese Rechte in die Konkursmasse des Inkassomandatars? Der Nießbrauch und das Eigentum wären fiduciarisch anvertraut. Also ständen wir vor der Frage nach der Aussonderung fiduciarisch anvertrauter Rechte, die doch die Legitimationstheorie vermeiden will.

Anders, für die Legitimationstheorie noch ungünstiger, wäre es, wenn die Forderung verzinslich wäre. Und dies dürfte doch bei Geldansprüchen die Regel sein. Die Zinsansprüche gingen mit der Nießbrauchsbestellung auf den Nießbraucher über[2]). Sie gehörten also fiduciarisch zum Vermögen des Inkassomandatars. Die Hauptforderung könnte der Schuldner nur an den Gläubiger und den Inkassomandatar gemeinschaftlich zahlen. Es wäre das ein Ergebnis, das dem Zweck eines Inkassotreuhandgeschäfts, der Erleichterung der Einziehung, gerade widerspricht.

1) A. Schmidt, Gruchots Beitr. 57, 246.

2) Vgl. M. Wolff, Sachenrecht § 120 IV, 2 und § 116, II, 1.

γγ. Endlich könnte die Ueberlassung des Ausübungsrechts in Wirklichkeit eine nur falsch bezeichnete, gewöhnliche Forderungsübertragung sein. Dann ginge der Rechtsschutzanspruch als ein akzessorisches Recht mit über. Eine Rechtsübertragung widerspricht aber der Legitimationstheorie.

Die angeführten Gründe rechtfertigen also die Zulässigkeit einer Einklagungsermächtigung nicht.

γ. Dagegen lassen sich wohl Gründe für die Unzulässigkeit anführen.

aa. Es liegt nahe, die Unzulässigkeit der Einklagungsermächtigung per argumentume contrario zu begründen: Nur das Gesetz gestattet eine Zweiung des materiellen Rechts vom Rechtsschutzanspruch; durch Rechtsgeschäft vermag eine solche Zweiung nicht herbeigeführt zu werden. In der Tat wird auf diese Weise gefolgert[1]). Angesichts des zweifelhaften Wertes fast jeden Schlusses vom Gegenteil wollen wir aber diesen Grund nicht verwerten.

bb. Ein besserer und wohl entscheidender Grund gegen die Zulässigkeit ist die Möglichkeit der Benachteiligung des Beklagten[2]). Der Schuldner hat ein Interesse daran, daß der wahre Gläubiger und nicht ein willkürlich vorgeschobener Dritter ihm gegenüber als Kläger auftritt; denn nach der Person des Klägers bestimmt sich seine prozessuale Rechtsstellung.

αα. So könnte der Beklagte dadurch benachteiligt werden, daß des Klägers wegen Zeugen, die mit dem Kläger verwandt, verlobt oder verschwägert sind, zur Zeugnisverweigerung berechtigt wären (ZPO § 383), oder daß sie nicht vereidigt werden dürften (ZPO. § 393)[3].

ββ. Eine Widerklage, die der Beklagte dem wahren Gläubiger gegenüber erheben könnte, könnte er dem Inkassomandatar gegenüber nicht erheben[4]). Denn der Inkassomandatar wäre ermächtigt, einen Prozeß im eigenen Namen

1) z. B. von Schöninger, Arch. Civ. Prax. 96, 183.
2) Vgl. K. Hellwig, System S. 175; H. Hellwig, Gruchots Beitr. 55, 612f.
3) Vgl. H. Hellwig, a. a. O.
4) H. Hellwig, a. a. O. S. 612,

über ein bestimmtes fremdes Recht als Kläger zu führen, nicht aber als Beklagter über ein ganz anderes Recht. Der Beklagte würde dadurch gezwungen, eine besondere Klage gegen den Inkassomandanten anzustrengen. Dies würde Zeitverlust und Kosten verursachen. Zwei Prozesse liefen nebenher.

γγ. Ein anderer Nachteil läge für den Beklagten darin, daß der Kläger einen zugeschobenen Eid in Ueberzeugungsform und nicht in Wahrheitsform zu schwören brauchte (ZPO. §§ 445, 459). H. Hellwig[1]) meint zwar, das Beweismittel der Eideszuschiebung könnte nach § 445 ganz verloren gehen. Dies dürfte schwerlich zutreffen; denn, wenn auch der Inkassomandant nach der Legitimationstheorie weder Rechtsvorgänger noch Vertreter des Inkassomandatars im juristisch-technischen Sinne wäre, so wäre immerhin die analoge Anwendung des § 445 gegeben. Dabei wäre besonders zu beachten, daß der Inkassomandatar sein Klagrecht doch von dem materiell Berechtigten ableiten würde. Es ginge also dem Beklagten das Beweismittel der Eideszuschiebung nicht verloren. Jedoch würde der Kläger nur einen Ueberzeugungseid zu leisten brauchen, und bei einem solchen ist der Gewissensdruck naturgemäß schwächer.

δδ. Der Inkassomandant, also der materiell Berechtigte, könnte als Zeuge auftreten und nach Ermessen des Prozeßgerichts vereidigt werden. Dies birgt für den Beklagten eine Gefahr in sich; denn der Parteieid ist von Gesetzes wegen ein subsidiäres Beweismittel (ZPO. § 453). Die Zeugenaussage geht also vor[2]). Der Inkassomandant wird nun gewöhnlich etwas dem Beklagten Ungünstiges aussagen. Er braucht dazu gar nicht ein gewissenloser Mensch zu sein; denn jeder ist geneigt, ein Ereignis in einem für sich günstigen Sinne aufzufassen und seinem Gedächtnis als wahr einzuprägen. Freilich beurteilt das Gericht die Beweismittel mit Ausnahme des Parteieides nach freiem Ermessen (ZPO. § 286).

1) H. Hellwig, a. a. O. S. 612.

2) Dies betont Schöninger, Arch. Civ. Prax. 96, 189.

Immer könnte sich aber der materiell Berechtige durch eine Einklagungsermächtigung ein Beweismittel, nämlich sein eigenes Zeugnis, zum Nachteil des Beklagten verschaffen.

ee. Einen weiteren Nachteil für den Beklagten brächte die Kostenfrage. Unterläge der Ermächtigte, so hätte er die Kosten zu tragen, nicht der Ermächtigende (ZPO § 91)[1]; denn der Ermächtigte wäre Partei. Der Beklagte hätte also einen Kostenersatzanspruch nur gegen den Ermächtigten. Dieser könnte mittellos sein. Ja oft würde sogar mit Absicht ein mittelloser Inkassomandatar gewählt werden, um ein zweifelhaftes Recht ohne Kosten feststellen zu lassen. Hat der Ermächtigte einen Erstattungsanspruch gegen den Ermächtigenden, dann könnte zwar der Beklagte diesen pfänden lassen[2]). Aber ein solcher Anspruch wird vielfach fehlen. Man braucht nur an die nicht selten vorkommenden Inkassogeschäfte zu denken, bei denen zweifelhafte Forderungen auf Kosten und Gefahr des Inkassomandatars eingezogen werden sollen und der Inkassomandatar dafür einen entsprechend hohen Prozentsatz der Forderungen (oft bis 50%) erhält[3]).

Mit der Zulassung einer Einklagungsermächtigung wären also große Nachteile für den Beklagten verbunden. Freilich könnte man dagegen anführen: Wenn die Ermächtigung einen unlauteren Zweck verfolgte, wäre sie unsittlich und nichtig. Der im § 138 BGB. enthaltene Grundsatz müßte, trotzdem es sich um öffentliches Recht handelt, auch hier gelten[4]). Damit wäre aber dem Beklagten nur teilweise gedient; denn er müßte die Unsittlichkeit nachweisen, was oft schwierig sein dürfte und für ihn immer ungünstig wäre.

cc. Gegenüber allen diesen Bedenken müßte man eine Einklagungsermächtigung vielleicht doch zulassen, wenn ein praktisches Bedürfnis dafür bestände, das die Nachteile überwöge. Ein solches Bedürfnis ist aber nicht

1) Vgl. H. Hellwig, a. a. O. S. 613.
2) Vgl. H. Hellwig, a. a. O. S. 613.
3) Vgl. Stammler, Recht d. Schuldverh. S. 194.
4) Vgl. auch Kormann, Grundzüge eines allg. Teils d. öffentl. Rechts. Hirths. Ann. 1912 S. 46.

vorhanden. Wer sich eines Ersatzmannes bedienen will, bediene sich der Stellvertretung im Prozeß! Dies Rechtsinstitut ist dazu da.

dd. Endlich sprechen gegen die Zulässigkeit auch juristisch konstruktive Gründe. Was wäre die Ermächtigung? Wie wäre sie zu erteilen?

Die letztere Frage könnte man vielleicht dahin beantworten, daß § 80 ZPO analog angewendet werden müßte: eine schriftliche, ausdrückliche, auf Verlangen des Gegners öffentlich zu beglaubigende Erklärung wäre erforderlich. In einem Abtretungsvermerk auf dem Schuldschein läge eine solche Erklärung nicht. Ebenso läge sie nicht in einer mündlichen Forderungsabtretung.

Schwieriger wäre die erste Frage, die Frage nach der juristischen Natur der Einklagungsermächtigung. Wäre diese entspechend der privatrechlichen Ermächtigung die Begründung eines prozeßualen Gestaltungsrechts? Oder die Begründung eines Rechtsschutzanspruches, sodaß der Träger des materiellen Rechts seinen Rechtsschutzanspruch behält? Könnte durch eine privatrechtliche Willenserklärung ein öffentliches Recht begründet werden? Oder wäre die Willenserklärung öffentlichrechtlich? Wäre die Einklagungsermächtigung vielleicht eine Abtretung des Rechtsschutzanspruchs? Könnte dieser öffentlichrechtliche Anspruch, auch wenn seine rechtsgeschäftliche Trennung vom materiellen Recht möglich wäre, bei der grundsätzlichen Unabtretbarkeit öffentlichrechtlicher Ansprüche[1]) überhaupt abgetreten werden?

Auf diese Fragen hier näher einzugehen, ist nicht der Zweck der vorliegenden Arbeit.

Es genügt dargetan zu haben, daß nach heutigem Rechte für eine Ermächtigung zur Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen kein Platz ist.

ee. Auch der Vorschlag H. Hellwigs[2]), die Ermächtigung dann zuzulassen, wenn der Beklagte keinen Widerspruch dagegen erhebt, braucht für unseren Fall

1) Vgl. Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts (2) § 10 I 2 (S. 133).
2) H. Hellwig, Gruchots Beitr. 55, 625.

nicht erörtert zu werden. Erfahrungsgemäß wird der Beklagte widersprechen. Dann wäre allzuleicht der Zweck der Inkassozession, wie sie die Legitimationstheorie konstruiert, vereitelt.

2. Ist die Legitimationstheorie beim Inkassovollindossament eines Wechsels zulässig?

Dies ist besonders zu prüfen. Denn es gibt Schriftsteller, die hier die Legitimationstheorie vertreten, während sie sie bei der Inkassozession für unmöglich halten[1])[2]).

a. Die Gründe dafür:

α. Es sind zunächst dieselben wie bei der Inkassozession. Es wäre also vor allem eine Uebereinstimmung des juristischen und wirtschaftlichen Erfolges geschaffen. Es kommen aber noch neue Gründe hinzu:

β. Die bestrittene Frage, ob Einreden aus der Person des Indossanten dem Indossatar gegenüber geltend gemacht werden können, wäre befriedigend im bejahenden Sinne zu lösen; denn der Inkassomandatar macht ja nach der Legitimationstheorie ein fremdes Recht geltend[3]).

γ. Auch die bloße Legitimationsverschaffung ohne Rechtsübertragung ist zulässig. Freilich ist dies bestritten und daher zu beweisen.

Unter den Wirkungen eines Vollindossaments sind scharf zu scheiden: die Verschaffung der Legitimation d. h. des Scheins der Wechselrechte und die Verschaffung der Wechselrechte selber. Während die Wechselrechte selbst nur durch einen Begebungsvertrag in Verbindung mit dem Indossamentsvermerk und der Uebergabe des Papiers — alles zusammen Indossament genannt — übergehen[4]), ist es

1) So z. B. Jacobi, Wertpapier als Legitimationsmittel 65[1]; Heymann, Trustee S. 52.

2) Es sei erwähnt, daß beim Vollgiro zum Inkasso die Legitimationstheorie zuerst aufgestellt wurde. Daher paßt auch der Name nur für das Inkassovollgiro, nicht aber für die Inkassozession.

3) Jacobi, Wertpapiere, 52.

4) Wir folgen also der heute schon fast unbeschränkt herrschenden Vertragstheorie: ROHG. 19, 31; RG. 5, 82 f.; 14, 24; 35, 76; Thöl, Wechselrecht, §§ 54, 55, 125; Goldschmidt, ZfHR. 28, 124 und 597; Brunner, Endemanns Handbuch II, 160 ff.; O. Gierke, Deutsches Privatrecht II § 108 Anm. 17; K. Lehmann, Handelsrecht (2) § 131; Jacobi, Wertpapiere, 172 ff.; Staub-Stranz, WO. (8) Art. 8 Anm. 2.

möglich, daß wider Willen oder mit einem rechtsunerheblichen Willen des Berechtigten eine Legitimation verschafft wird, z. B. wenn ein Dieb oder ein berechtigter Geschäftsunfähiger an einen Bösgläubigen (auch Gutgläubigen?) „indossiert".

Rechtsschein und Recht können also auseinanderfallen. Darüber herrscht kein Streit[1]).

Kann aber ein geschäftsfähiger Berechtigter rechtsgeschäftlich nur die Legitimation ohne das Wechseleigentum durch Vollindossamentsvermerk und Uebergabe der Urkunde verschaffen?

Darüber gehen die Meinungen auseinander. Die heute herrschende Ansicht bejaht die Frage mit Recht[2]). Früher wurde sie oft verneint[3]).

Die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen bloßen Legitimationsverschaffung folgt aus folgender Betrachtung:

Das Wort „Indossament" wird sowohl im Gesetz wie in der Literatur im zweifachen Sinne gebraucht. Es bedeutet entweder Indossamentsvermerk oder aber Rechtsbegründungs- oder Uebertragungsakt. In dem Sinne von „Indossamentsvermerk" gebraucht die WO. den Ausdruck „Indossament" z. B. in Artikel 7, 11, 12, 15, 76 und vor allem in Art. 36. Dieser besagt, daß ein Indossamentsvermerk, verbunden mit der Innehabung d. h. dem Besitz der Wechselurkunde, Legitimationskraft besitzt. In dem Sinne von „Rechtsübertragungs-" oder „Rechtsbegründungsakt" wird das Wort in Art. 9, 10 verwendet (Eigentumsindossament = Indossamentsvermerk + Besitzübergabe + Uebereigungseinigung)[4].

1) Jacobi, Wertpapiere 46.

2) So, außer den Vertretern der Legitimationstheorie: O. Gierke, Deutsches Privatrecht § 111 Bd. 2 S. 150 f.; Brunner, Endemanns Handbuch II S. 162 ff.; A. Schultze, Iherings. J. 43, 50; K. Lehmann, Handelsrecht (2) S. 665, § 146 Z. 7.

3) ROHG 6, 450; RG 27, 129; Goldschmidt, ZfHR. 28, 81 f.; Wendt, Arch. Civ. Prax. 100, 294 ff.

4) Leider findet sich dieselbe ungenaue, zu Unklarheiten führende Ausdrucksweise in dem Entwurfe einer Wechselordnung. R. Anz. 1914, 18, 2. Beilage. Vgl. z. B. Artt. 10 Abs. 1 einerseits und Artt. 11, 12 andrerseits.

Die Wechselordnung kennt nun nur zwei Arten von Indossamenten in dem Sinne von Indossamentsvermerk: den Vollindossamentsvermerk und den Prokuraindossamentsvermerk. Dafür, welche Rechte am Wechsel mit Hilfe des Vollindossamentsvermerks bestellt werden können, führt die WO. nur einen Fall an: die Uebereignung des Wechsels, WO. Art. 9, 10. Daneben bleibt aber die Frage offen und unbeantwortet, ob nicht mit Hilfe des Vollindossamentsvermerks noch andere Rechte (z. B. Pfandrecht, Nießbrauch, bloßer Besitz mit Legitimation) an der Wechselurkunde und den Wechselrechten begründet und übertragen werden können. Dies haben wir zu untersuchen.

Kommt das Vollindossament nur als Eigentumsindossament vor?

Der Vollindossamentsvermerk dient zur Erfüllung der Form der Rechsbegründung oder Rechtsübertragung. Mit der Besitzübergabe zusammen bewirkt er das, was im Fahrnisrecht die Besitzübergabe allein.

So ist zur Wechselübereignung ein Vollindossamentsvermerk mit Besitzübergabe und Einigung erforderlich, zur Fahrnisübereigung nur Besitzübergabe und Einigung.

Ebenso tritt bei der Verpfändung eines Wechsels zur Verpfändungseinigung noch der Vollindossamentsvermerk mit Besitzübergabe hinzu. So entsteht ein Pfandrecht am Wechsel[1]). Im Fahrnisrecht wird dagegen das Pfandrecht durch Verpfändungseinigung und schlichte Besitzübergabe begründet (BGB § 1205).

Genau so ist es bei der Nießbrauchsbestellung. Auch hier ist beim Wechsel Vollindossamentsvermerk, Besitzübergabe und Nießbrauchseinigung erforderlich (BGB § 1069), bei beweglichen Sachen nur Besitzübergabe und Einigung.

1) Dies ist die herrschende und richtige Ansicht. So namentlich O. Gierke, D. Pr. R. § 111 VII. (Bd. II S. 151); Planck, BGB. (3) § 1292 Erl. 4; Staudinger-Kober, BGB. (5/6) § 1292 Erl. 2; Jacobi, Wertpapiere 55 f.; Wolff, Sachenrecht § 178 II und vor allem A. Schultze, Jherings J. 43, 53 ff.; AM. Dernburg, BR. III § 281; Wendt, Arch. Prax. 100, 294 ff.

Außerdem hat der Vollindossamentsvermerk, verbunden mit dem Besitz, dieselbe Legimations- und Vermutungskraft wie im Fahrnisrecht der Besitz allein. (WO. Artt. 36, 74; BGB §§ 932, 1006, 1207, 851).

Somit ergibt sich, daß der Besitz mit Vollindossamentsvermerk bei Orderpapieren in vielfacher Beziehung dem Besitz einer beweglichen Sache gleich behandelt wird.

Viel deutlicher wird dies noch, wenn man die mit den Orderpapieren verwandten Inhaberpapiere heranzieht. Hier genügt überall statt eines Indossamentsvermerkes und des Besitzes ihr Besitz allein; denn in dem Besitz ist schon die Legitimationskraft enthalten. Dies ist auch insbesondere bei den blancogirieten Orderpapieren der Fall.

Bei beweglichen Sachen, namentlich bei Inhaberpapieren, kann nun der Besitz ohne weiteres überlassen und damit die Legitimation verschafft werden. Warum sollte es bei den Orderpapieren anders sein?[1]) Der Parallelismus drängt zur Annahme des Gegenteils: Es kann auch bei einem Orderpapier, insbesondere einem Wechsel, der Besitz mit Legitimation d. h. mit einem Vollindossamentsvermerk überlassen werden. Dadurch wird ein Legitimationsbesitz an Orderpapieren geschaffen.

Von diesem Legitimationsbesitz (potenzierten, qualifizierten Besitz) ist der schlichte Besitz an der Urkunde wohl zu unterscheiden. Er kommt z. B. bei der bloßen Verwahrung eines Wechsels oder bei einer Wechselvollmacht vor. Beim blankoindossierten Wechsel fällt der Legitimationsbesitz mit dem schlichten Besitz zusammen.

b. Gründe gegen die Legitimationstheorie beim Vollgiro zum Inkasso.

α. Die Zulässigkeit der Legitimationstheorie bei der Inkassozession scheiterte an der Unmöglichkeit einer Einklagungsermächtigung. Ebenso ist es hier aus den oben S. 10 ff. angeführten Gründen. Doch versucht Jacobi die Einklagungsermächtigung beim Wechsel als

1) Vgl. auch Cosack, Handelsrecht (7) § 67 I, 3,b.

zulässig zu beweisen, während er eine allgemeine Einklagungsermächtigung mit Recht als unzulässig betrachtet.[1]).

Jacobi meint, daß in der Legitimation ein Einklagungsrecht dann enthalten sei, wenn der Legitimierte verfügungsberechtigt ist. Der Verfügungsberechtigte und durch Indossamentsvermerk sowie Besitz Legitimierte soll also zugleich „aktivlegitimiert" sein d. h. ein Prozeßführungsrecht haben. Dies trifft nicht zu.

Die Legitimation ist nichts weiter als ein Rechtsschein. Wird dieser zerstört, dann steht fest, daß der anscheinend Berechtigte in Wirklichkeit nicht berechtigt ist. Der Legitimierte muß dann mit der Klage abgewiesen werden. Aus der Legitimation ergibt sich also ein Einklagungsrecht nicht[2]).

Es ergibt sich aber auch nicht aus dem Verfügungsrecht nach § 185 Abs. 1 BGB. Dies haben wir oben bewiesen (S. 12 f.).

Es ergibt sich endlich nicht aus der Summe von Legitimation und Verfügungsrecht.

Allerdings scheint das Gegenteil aus § 793 Satz 1 BGB. bei einer Inhaberschuldverschreibung zu folgen. Darauf beruft sich auch Jacobi, indem er anführt, daß die Orderpapiere den Inhaberpapieren in dieser Beziehung gleichgestellt werden müßten[3]). BGB. § 793 Abs. 1 Satz 1 besagt: Der Inhaber einer Schuldverschreibung auf den Inhaber kann die Leistung von dem Aussteller verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechigt ist. Hiernach könnte jeder verfügungsberechtigte Inhaber, auch wenn er nach § 185 Abs. 1 BGB. nur zur Verfügung berechtigt ist, die Leistung verlangen d. h. den verbrieften Anspruch im eigenen Namen geltend machen und einklagen. Durch die Verfügungsberechtigung würde also der Berechtigte dem Besitzer des Inhaberpapiers ein Einklagungsrecht eines fremden Anspruchs im eigenen

---

1) Jacobi, Wertpapier als Legitimationsmittel 58 ff.

2) So auch die herrschende Meinung: ROHG. 19, 49; RG. 5, 84; 35 76; Goldschmidt, ZfHR 28, 67; Staub-Stranz, WO. (8) Art. 36 Anm. 24 f.; A. Schultze, Jherings J. 43, 61.

3) Jacobi, Wertpapiere 35; Wertpapier als Legitimationsmittel 59.

Namen verschaffen. § 793 Abs. 1 Satz 1 enthielte also auch eine prozessuale Vorschrift. Ist dies der Sinn des § 793 ? Wohl sicher nicht.

Die Wortfassung des § 793 ist mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung gewählt[1]). Der Besitzer einer Inhaberschuldverschreibung soll nicht zu beweisen brauchen, daß er verfügungsberechtigt ist, daß er also Eigentümer des Papiers ist; denn nur der Eigentümer ist der Gläubiger der verbrieften Schuld. Da aber auch andere Personen außer dem Eigentümer verfügungsberechtigt sein können, wie z. B. der Konkursverwalter, der Pfandgläubiger nach der Pfandreife (BGB. §§ 1293, 1228 Abs. 2), der Ehemann, der über ein verbrauchbares Inhaberpapier der Frau verfügt (BGB. § 1376), so ist das Wort „verfügungsberechtigt" angebracht.

Aber auch wenn man den nach BGB. § 185 verfügungsberechtigten Besitzer einer Inhaberschuldverschreibung für einklagungsberechtigt halten sollte, so könnte daraus die Zulässigkeit der Einklagungsermächtigung bei einem Orderpapier nicht gefolgert werden. Denn das Inhaberpapier ist weit mehr auf den freien, ungehinderten Umlauf berechnet und losgelöst von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis als das Orderpapier. Die Persönlichkeit des Gläubigers ist dem Schuldner weit mehr gleichgültig als bei einem Wechsel, der oft ohne vorherige Valutierung gegeben wird, oft auch nur mit einer obligatorischen Vereinbarung des Ausschlusses der Weiterübertragung ausgestellt wird.

Ferner behauptet Jacobi:

Es ergebe sich aus der historischen Entwickelung, daß der legitimierte Besitzer ein Prozeßführungsrecht über ein fremdes Recht im eigenen Namen habe[2]). Es folge aus den Wirkungen der Gewere. Wer die Gewere hatte, war zur Klage berechtigt. Dies mag zugegeben werden[3]). Der Folgerung daraus ist jedoch nicht beizutreten. Der Gewere

1) Vgl. die Protokolle zum BGB. II S. 527 ff.
2) Jacobi, Wertpapier als Legitimationsmittel 59.
3) Vgl. auch Brunner, ZfHR 23, 235 f.

entspricht heute der Besitz[1]). Man müßte also folgerichtig behaupten, daß auch der Besitzer einer beweglichen Sache, der zur Verfügung ermächtigt ist, ein Einklagungsrecht hätte. Dies wird wohl aber auch Jacobi nicht annehmen. Außerdem war im germanischen Recht ein solches Einklagungsrecht vollauf gerechtfertigt. Es bestand ein Bedürfnis dafür; denn weder Stellvertretung noch Rechtsübertragung war bekannt[2]). Heute ist dies nicht der Fall.

Auch der Grund, den Heymann für das Einklagungsrecht anführt[3]), ist nicht durchschlagend. Heymann meint, die mangelnde Aktivlegitimation könne man dem Legitimierten nicht entgegensetzen; denn sonst müßte man dies auch gegenüber dem gemäß § 1294 BGB. klagenden Pfandgläubiger tun können. Dies ergebe sich aus § 1294 BGB. Jedoch gibt § 1294 nur dem Pfandgläubiger als dem Pfandgläubiger und nicht als dem Legitimierten ein Einklagungsrecht, ebenso wie § 1282 BGB. dem Pfandgläubiger einer gewöhnlichen Forderung ein Einklagungsrecht gibt. In beiden Fällen beruht das Einklagungsrecht auf Gesetz und nicht auf Rechtsgeschäft. Für ein Einklagungsrecht eines Pfandgläubigers sprechen mancherlei Zweckmäßigkeitsgründe, für das Einklagungsrecht des Ermächtigten dagegen keine (Vgl. oben S. 11 f.).

Somit wäre bewiesen, daß dem Inkassoindossatar nach der Konstruktion der Legitimationstheorie ein Einklagungsrecht im eigenen Namen nicht zustehen kann.

β. Aber auch wenn man die Legitimationstheorie annimmt, verwickelt man sich in prozeßuale Schwierigkeiten. Der Inkassomandatar wird im eigenen Namen gewöhnlich nicht das fremde Recht, sondern sein angeblich eigenes Recht einklagen[4]). Zerstört der Beklagte die Legitimation, dann steht fest, daß der Kläger kein eigenes Recht hat. Er soll nun aber nach der Legitima-

1) Brunner, Grundzüge d. deutschen Rechtsgeschichte (2) § 46.

2) Brunner, ZfHR. 23, 236 ff; Jacobi, Wertpapiere 51.

3) Heymann, Trustee 55.

4) Klagt er von vornherein das Recht als fremdes — was kaum vorkommen wird — ein, dann entstehen nach der Legitimationstheorie keine Schwierigkeiten.

tionstheorie in demselben Verfahren den Anspruch als fremden verfolgen dürfen. Läge darin nicht eine Aenderung des Klagegrundes? Er macht ja jetzt einen fremden Anspruch geltend, behauptet also, daß nicht ihm, sondern dem Inkassoindossanten die Forderung zustehe. Ist eine solche Klageänderung zulässig?

Sicherlich dann, wenn der Beklagte einwilligt. Aber dies wird selten zutreffen, da ein Beklagter gewöhnlich — ganz gleich auf welche Weise — die Klagabweisung herbeiführen will.

Die Klagänderung wäre ferner dann zulässig, wenn die Verteidigung des Beklagten dadurch nicht wesentlich erschwert werden würde. (ZPO. § 264). Dies wird kaum je der Fall sein. Denn nach der Klageänderung kann der Beklagte die Einreden, die er gegen den Inkassoindossatar hat, nicht mehr geltend machen[1]). So könnte ihm z. B. eine Aufrechnungsmöglichkeit verloren gehen, ferner die Einrede der Stundung, wenn er im Kontokorrentverhältnis mit dem einziehenden Bankier steht. Aber der Beklagte würde nicht nur Verteidigungsmittel verlieren, er müßte noch neue Beweismittel herbeischaffen, um sich gegen das nun geltend gemachte Recht zu verteidigen, während er schon vorher die Legitimation des Inkassoindossatars zerstört hat. Deshalb wird in der Regel die Klageänderung unzulässig sein.

Der Inkassoindossatar müßte also mit der Klage ab gewiesen werden. Er hätte die Kosten zu tragen. Die Einziehung wäre nicht beschleunigt und erleichtert, sondern verschleppt und erschwert.

3. Ist die Legitimationstheorie bei den Inkassotreuhandgeschäften zwecks Weiterübertragung zutreffend?

Bei der Inkassocession und dem Inkassovollindossament befriedigt die Legitimationstheorie nicht. Ihre Schwäche liegt auf prozessualem Gebiet, in dem Mangel eines Einklagungsrechts fremder Rechte im eigenen Namen.

---

1) Vgl. Jacobi, Wertpapiere 52.

Wie ist es aber bei denjenigen Inkassotreuhandgeschäften, bei denen das anvertraute Recht im Prozeß nicht geltend gemacht, sondern auf den Dritten übertragen werden soll?

Greifen wir den im Inkassoverkehr häufigsten Fall dieser Geschäfte heraus, die Indossierung eines Konnossements (oder eines anderen dinglichen Traditionspapiers) auf den Inkassomandatar, der das Konnossement auf den Schuldner gleichzeitig mit der Forderungseinziehung weiterindossieren soll („Cassa gegen Verladungsdokumente"). Hier soll die Forderung aus dem Konnossement, die gegen den Schiffer auf Herausgabe der verschifften Güter geht, nicht geltend gemacht werden. Vielmehr soll diese Forderung und außerdem das Eigentum an den Waren mittels des Konnossements auf den Schuldner übertragen werden.

Der Schuldner ist verpflichtet, gegen Uebereignung der Waren und Uebertragung der Forderung, also Zug um Zug zu zahlen. Genauer ausgedrückt: Er ist verpflichtet, das Erfüllungsgeschäft (die Zahlung) nur dann abzuschließen, wenn zugleich der Uebereignungs- und Uebertragungsvertrag geschlossen wird.

Durch Verschaffung des Legitimationsbesitzes, Eigentumseinigung sowie die Uebergabe des Papiers kann das Eigentum an den Waren verschafft werden (HGB § 647) und die Forderung aus dem Konnossement übertragen werden. Dazu genügt es, daß der Inkassomandatar den Legitimationsbesitz (durch Vollindossamentsvermerk und Besitz) und das Verfügungsrecht sowohl über die Forderung als die Waren erhält. Der Inkassomandatar wäre in der Lage mit dem Schuldner die Erfüllungsgeschäfte abzuschließen. Die Voraussetzungen der Legitimationstheorie wären also erforderlich und genügend.

Braucht jedoch der Schuldner die Erfüllungsgeschäfte mit einem Nichtberechtigten, sondern nur nach § 185 Abs. 1 BGB. Verfügungsberechtigten abzuschließen? Kann er dadurch nicht die Zwangsvollstreckung vereiteln, daß er den Abschluß mit dem nur Verfügungsberechtigten verweigert?

Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Zulässigkeit der Legitimationstheorie in unserem Falle ab; denn der Inkassomandatar soll nach dem Willen der Parteien ein solches Recht erhalten, daß der Schuldner die Verträge nicht nur abschließen kann, sondern auf jeden Fall abschließen muß.

Schließt der Schuldner mit dem Verfüger das Verfügungsgeschäft ab, so kommt das Rechtsgeschäft zwischen dem Ermächtigten (Verfüger) und dem Schuldner, nicht aber zwischen dem Ermächtigenden und dem Schuldner zustande. Das Rechtsgeschäft ist nur dem wahren Berechtigten gegenüber wirksam.

Anders ist es bei der Stellvertretung. Hier wird das Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem Ermächtigenden (Vertretenen) und dem Schuldner abgeschlossen (BGB. § 164). Der Vertreter steht in keiner Beziehung zu dem Schuldner. Mit dem Vertreter abzuschließen, ist der Schuldner unter Umständen gezwungen: dann, wenn der Vertreter sein Vertretungsrecht nachweist. Dadurch hat der Schuldner keine Nachteile; denn Vertragsgegner ist immer der Vertretene.

Wie ist es aber mit dem Verfüger? Mit ihm abzuschließen, ist der Schuldner nicht gezwungen. Dafür ist kein Anhalt im Gesetz. Es ist auch dafür kein praktisches Bedürfnis vorhanden. Denn wozu ist das Institut der Stellvertretung da? Zwar würde der Schuldner, wenn ihm das Verfügungsrecht nachgewiesen wird, wohl kaum einen Nachteil durch die Verfügung erleiden; denn die Verfügung wäre ebenso wirksam, wie wenn sie der Ermächtigende selbst vorgenommen hätte, und Verpflichtungen (Minderungs,- Wandelungsansprüche, Ansprüche aus einer positiven Forderungsverletzung) ergeben sich nicht aus Verfügungen[1]). Jedenfalls wäre aber ein Nachweis des Verfügungsrechts erforderlich. Dieser ist in unserem Falle nicht vorhanden. Denn die Legitimation beweist nicht das Vorhandensein eines Verfügungsrechts. Man denke nur an

1) Höchstens könnte eine unerlaubte Handlung vorliegen. Beispiel: Uebertragung von schädlichen, ansteckenden Waren.

den Spediteur, an den ein Konnossement indossiert wird, und der nur über die Herausgabeforderung gegen den Schiffer, aber nicht über das Eigentum an den Waren verfügen soll[1]). Oder man denke an den Bankier, dem Waren mittels eines Konnossements lombardiert werden, also nicht zu Eigentum, sondern nur zu Pfandrecht, das nur ein beschränktes Verfügungsrecht enthält, übertragen werden.

Der Schuldner braucht also mit dem nur verfügungsberechtigten Inkassomandatar in unserem Falle die Geschäfte nicht abzuschließen. Daher ist für diesen Fall die Legitimationstheorie abzulehnen. Ebenso ist es bei allen denjenigen Inkassotreuhandgeschäften zwecks Weiterübertragung, bei denen der Schuldner nur zur Leistung Zug um Zug verpflichtet ist und gezwungen werden soll, die Erfüllungsgeschäfte abzuschließen.

Bei denjenigen Inkassogeschäften zweks Weiterübertragung, bei denen das anvertraute Recht (z. B. eine Grundschuld) zur Verwertung (Einziehung, Einkassierung) auf einen beliebigen Dritten übertragen werden soll, steht der Konstruktion der Legitimationstheorie nichts im Wege.

Kapitel III.

Wielands Theorie.

Sie kommt nur in Betracht für das Inkassovollindossament beim Wechsel.

I. These.

Der Inkassomandatar wird durch das Indossament Eigentümer der Wechselurkunde. Er wird jedoch nicht Gläubiger der Wechselforderung, sondern nur Vertreter des Inkassomandanten. Gläubiger bleibt der Inkassomandant. Allerdings hat der Inkassomandatar den Rechtsschein der Gläubigerschaft für sich. Dieser Rechtsschein kann aber von dem Wechselschuldner zerstört werden. Dann ergibt sich, daß der Inkassomandatar nur Vertreter ist. Als solcher kann er im Namen des wahren Gläubigers (Inkassoindossanten) den Prozeß weiterführen.

1) Vgl. Schaps, HGB. § 647 Anm 10.

Der Inkassoindossant kann aussondern; denn er ist zwar nicht Eigentümer der Urkunde, aber immerhin Gläubiger der Wechselforderung.

II. Vertreter.

Aufgestellt ist die Theorie von Wieland[1]). Aufgenommen ist sie im wesentlichen von Gunz[2]). Doch verneint Gunz das Aussonderungsrecht[3]).

III. Kritik.

Gegen Wielands Theorie sprechen folgende Gründe:

1. Wieland setzt eine Spaltung der Wechselgläubigerschaft und des Eigentums an der Wechselurkunde als möglich voraus. Nach der weitaus herrschenden Meinung ist aber eine solche Spaltung ausgeschlossen[4]). Daran ist auch unbedingt festzuhalten: das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Das Recht ist im Papier verkörpert.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich für die Inhaberpapiere aus ihrer Regelung durch das BGB. Sie werden wie bewegliche Sachen behandelt. Um das verbriefte Recht zu verpfänden, muß das Papier verpfändet werden. (BGB. § 1293). Um an dem verbrieften Recht einen Nießbrauch zu bestellen, muß der Nießbrauch auch am Papier bestellt werden. (BGB. §§ 1068 Abs. 2, 1081 Abs. 2, 1032). Auch die Uebereignung der Inhaberpapiere erfolgt nach Fahrnisgrundsätzen Dies ergibt sich aus BGB. § 935 Abs. 2[5]).

Dasselbe, was von den Inhaberpapieren gilt, muß auch von den blankogirierten Orderpapieren gelten; denn sie werden ja mit Ausnahme der Begründungsart mit den Inhaberpapieren gleich behandelt.

1) Wieland, der Wechsel S. 297 ff.

2) Gunz, Vollgiro zu Inkassozwecken S. 203 ff.

3) Gunz, Vollgiro zu Inkassozwecken S. 242 f.

4) Vgl. O. Gierke, Deutsches Privatrecht II § 108 V bes. Anm. 50; Goldschmidt, ZfHR 28, 67 ff; Brunner, Endemanns Hdbch. II S. 163 ff; 207 ff; v. Canstein, Wechselrecht 232. Andrer Meinung: Thöl, Handelsrecht I §§ 225, 226; Wechselrecht § 175; Jacobi, Wertpapiere S. 103 ff.

5) So auch Enneccerus, Bürg. R. § 427 Anm. 4.

Aber auch bei nicht blancoindossierten Orderpapieren ist es ebenso. Dies folgt schon aus dem Parallelismus, der zwischen Order- und Inhaberpapieren besteht und sich aus der Wertpapiereigenschaft ergibt[1]). Das Wesen der Wertpapiere beruht gerade in der Gebundenheit des Rechts an das Papier[2]).

Für den Wechsel ergibt sich dies aber außerdem aus den Vorschriften der Wechselordnung.

Nach Art. 9 WO. wird der Wechsel durch Indossament übertragen d. h. im Sinne der Vertragstheorie: durch Indossamentsvermerk, Besitzübergabe und Einigung über den Eigentumsübergang. In Art. 17 WO. heißt es im Gegensatz hierzu, daß durch das Prokuraindossament das Eigentum an dem Wechsel d. h. an der Urkunde nicht übergeht. Diese Klausel sagt nur etwas Negatives aus und ist als solche überflüssig. Sie ist nur deshalb hineingesetzt worden, um den Gegensatz zum eigentlichen Vollindossament hervorzuheben. Daher ist hier ein argumentum e contrario am Platze. Aus diesem folgt, daß das eigentliche Vollindossament stets ein „Eigentumsindossament" sein muß.

Nach Art. 74 WO. kann von einem gutgläubigen legitimierten Erwerber eines Wechsels die Wechselurkunde nicht herausverlangt werden. Der gutgläubige Erwerber erlangt Eigentum am Papier. Er wird aber auch Gläubiger. Es wäre sinn- und zwecklos, ihm die Gläubigerschaft zu versagen. Denn was nützt ihm die Urkunde, wenn er nicht zugleich Gläubiger ist[3]).

Gegen die Spaltung des Gläubigerrechts vom Eigentum sprechen ferner noch Zweckmäßigkeitsgründe. Weshalb soll das Eigentum von der Forderung getrennt werden? Der Eigentümer der Urkunde kann die Forderung nicht ausüben, weil er nicht Gläubiger ist. Der Gläubiger kann die Forderung nicht ausüben, weil er nicht Eigentümer ist. Wie wollte er sonst dem zahlenden Schuldner die quittierte

1) Im älteren Recht waren beide Arten sogar ungeschieden. Jacobi, Wertpapiere S. 255.

2) Brunner, Endemanns Handbuch II S. 144.

3) Jacobi, Wertpapiere 41. Dagegen ganz unzutreffend Gunz Vollgiro 223.

Wechselurkunde übereignen? (WO. Art. 39).

Somit entfällt die Stütze der Theorie Wielands: die Möglichkeit einer Spaltung der Gläubigerschaft und des Eigentums.

2. Aber auch wenn diese Spaltung möglich wäre, würde Wielands Theorie versagen.

a. Der Inkassomandatar soll nach Zerstörung der Legitimation zur Klage im fremden Namen übergehen können, ohne daß eine unzulässige Klageänderung vorläge[1]). In dem Uebergang läge aber in Wahrheit eine Parteiänderung mit allen ihren bei der Besprechung der Simulationstheorie dargelegten Nachteilen (vergl. oben S. 7 f.)

b. Außer den prozeßualen bestehen noch konkursrechtliche Mängel. Der Inkassoindossatar wäre legitimierter Eigentümer des Papiers: der Indossant bliebe Wechselgläubiger. Er soll im Konkurs des Indossatars aussonderungsberechtigt sein[2]). Aber was soll er aussondern? Die Forderung steht ihm zu. Und das Eigentum am Papier? Es gehört dem Gemeinschuldner. Fällt es also in die Konkursmasse? Ist es nur fiduciarisch übertragen? Wir stehen also wiederum vor Schwierigkeiten, die Wieland nicht löst.

Seine Theorie ist also abzulehnen.

Damit sind die hauptsächlichsten Theorien, die in den Inkassotreuhandgeschäften keine fiduciarischen Rechtsgeschäfte erblicken, abgelehnt. Gegen alle spricht ein gemeinsamer Grund: Sie bewähren sich nicht im Prozeß.

Auf die Theorie von Holz[3]) kann hier nicht eingegangen werden. Es sei erwähnt, daß sie gegen das System unseres Wechselrechts, das nach Holz ein vom Zivilrecht völlig unabhängiges Formalrecht sein soll, verstößt. Auch das Ergebnis der Theorie von Holz befriedigt nicht. Nach ihr könnte der Inkassoindossant dem Schuldner die Einreden stets abschneiden. Diesem Parteiwillen bemüht sich Holz rechtlichen Erfolg zu verschaffen[4]).

1) Wieland, Wechsel 306. Anders Gunz, Vollgiro 250 f.
2) Wieland, Wechsel 308. Anders Gunz, Vollgiro 242 f.
3) Holz, Gruchots Beiträge 50, 310 ff.
4) Holz, a. a. O. S. 324.

Es bleiben noch die fiduciarischen Theorien zu erörtern. Wielands Theorie bildet zu ihnen den Uebergang, da dem Inkassomandatar nach Wieland das Eigentum an der Wechselurkunde ohne die Forderung zusteht, also hinsichtlich der Eigentumsübertragung, somit teilweise, der rechtliche Erfolg weiter geht als der wirtschaftliche Zweck des Inkassotreuhandgeschäfts[1]).

Abschnitt II.

Fiduciarische Theorien.

Alle folgenden Theorien sehen die Inkassotreuhandgeschäfte als fiduciarisch an. Sie setzen daher die Gültigkeit des fiduciarischen Geschäfts voraus. Diese ist jedoch bestritten.[2]) Folglich ist sie zuvor zu prüfen.

Kapitel I.

Die Gültigkeit des fiduciarischen Geschäfts.

I. Sie folgt zunächst aus dem Wesen des Treuhandgeschäfts. Dieses ist keine juristische Unmöglichkeit.

Das fiduciarische Geschäft besteht immer aus zwei verbundenen Rechtsgeschäften[3]). Das eine der Rechtsgeschäfte ist eine Verfügung, also abstrakter Natur, das andere ein obligatorischer Vertrag[4]). Durch das abstrakte Geschäft wird dem Treuhänder ein Recht (z. B. Eigentum, Forderungsrecht) übertragen und zwar entweder unbedingt oder auflösend bedingt oder aber, wie einige wollen, nur mit

1) Wieland selbst erklärt das Inkassovollindossament nach seiner Theorie nicht für fiduciarisch. (Vgl. Wieland, Wechsel S. 291 ff).

2) So z. B. von Wilutzky, J. W. 1901, 710 ff; DJZ 1901, 20 ff. Auch scheint in der Praxis das fiduciarische Geschäft trotz des beständig richtigen Standpunktes des Reichsgerichts oft mit dem Scheingeschäft verwechselt zu werden. Vgl. z. B. RG Gruchots Beitr. 49, 345 ff; J. W. 1908, 63 ff.

3) Im Sinne von André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte S. 9. Deshalb ist es auch ungenau, aber üblich von einem fiduciarischen Rechtsgeschäft zu sprechen, ebenso wie z. B. vom Handkauf, der doch auch richtiger Ansicht nach zwei verbundene Rechtsgeschäfte enthält.

4) Vgl. Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft S. 12; Schöny, Arch. f. bürg. R. 35, 324; Enneccerus, Bürg. R. § 138 II.

Wirkung gegenüber Dritten. Immer geht aber die Rechtsmacht weiter als der wirtschaftliche Zweck. Dieser kommt erst zum Ausdruck in dem obligatorischen Vertrag, durch den der Treuhänder verpflichtet wird, gemäß der wirtschaftlichen Lage zu verfahren, und der den Rechtsgrund der Verfügung bildet.

Das Charakteristische des Treuhandgeschäfts ist das Mißverhältnis von Wirtschaft und Recht[1]). Juristisch bildet das Treuhandgeschäft, wenn man seine beiden Teile getrennt betrachtet, keine Besonderheit; denn es werden bekannte juristische Begriffe verwendet: eine Verfügung und ein gleichzeitig abgeschlossener obligatorischer Vertrag. Das Besondere liegt nur in der engen Zusammenfassung der beiden Rechtsgeschäfte und ferner in der causa der Rechtsübertragung, die eine causa fiduciae ist und sich neben die bekannten causae donandi, credendi, solvendi reiht[2]).

Infolge der Besonderheit des fiduciarischen Geschäfts ist seine eigenartige juristische Behandlung durchaus am Platze, und sein Begriff ist keineswegs überflüssig, wie Dreyer meint[3]). Es ergibt sich jedoch aus dieser Besonderheit nicht die juristische Ungültigkeit des Treuhandgeschäfts. Denn warum sollen die Parteien nicht einen über das wirtschaftliche Ziel hinausschießenden juristischen Erfolg vereinbaren, namentlich, wenn triftige Gründe dafür vorhanden sind?

Zuweilen wird das Verhältnis des fiduciarischen Geschäfts zum Scheingeschäft verkannt[4]). Da die Treuhandgeschäfte Rechtsgeschäfte wie alle anderen sind, können sie auch simuliert sein. Sie stehen also nicht in einem ausschließenden Gegensatz zu den Scheingeschäften. Sie sind dann simuliert, wenn nicht nur der wirtschaftliche Erfolg des Rechtsgeschäfts nicht voll gewollt ist—dies ist bei jedem Treuhandgeschäft der Fall—sondern wenn auch der rechtliche Erfolg, der bei einem Treuhandgeschäft ein

1) Kohler, Iherings J. 16, 142.

2) Schöninger, Arch. Civ. Prax. 96, 171; Sohm, Widerspruchsklage S. 115 f.

3) Dreyer, Gruchots Beitr. 40, 468.

4) Cosack, Bürg. R. (6) I S. 257; Schöny, Bürg. Arch. 35, 325.

Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks ist, nicht gewollt ist, gleichwohl aber ein Treuhandgeschäft vorgespiegelt wird.

Ebenso kann auch das fiduciarische Geschäft unerlaubt oder unsittlich sein (BGB. §§ 134, 138). Manchmal wird dies wegen einer verbotenen Umgehung des Gesetzes der Fall sein[1]).

II. Die Gültigkeit ergibt sich auch aus der geschichtlichen Entwickelung.

Schon die Römer kannten fiduciarische Rechtsgeschäfte[2]), so die fiducia cum creditore (Sicherungsübereignung), die fiducia cum amico (Uebertragung zu Verwaltungszwecken).

Ebenso gab es in den germanischen Rechten Treuhandgeschäfte, die allerdings anders als im römischen Recht gestaltet waren[3]). Treuhänder war vor allem der Salmann.

Seit mehr als 30 Jahren ist man sich der Geltung des fiduciarischen Geschäfts bewußt, namentlich in der Praxis[4]). Daher besteht das fiduciarische Geschäft auch kraft Gewohnheitsrechts zurecht.

III. Schließlich ist das fiduciarische Geschäft gesetzlich anerkannt. Ausdrücklich allerdings nur an einer Stelle, im § 223 Abs. 2 BGB. Hier wird die Möglichkeit vorausgesetzt, daß zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen werden kann, also mehr als ein Pfandrecht bestellt wird[5]).

Somit ist die Gültigkeit des fiduciarischen Rechtsgeschäfts bewiesen.

Kapitel II.

Die relative Theorie.

(Die Theorie der relativ wirksamen Rechtsübertragung).

I. These:

Durch das fiduciarische Geschäft wird das Recht auf den Treuhänder nur mit Wirkung nach außen übertragen. Im Verhältnis zu dem Treugeber ist der Treuhänder ding-

1) Vgl. Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte S. 155 ff.
2) Darüber unten S. 47 f.
3) Darüber unten S. 40 f.
4) So das RG schon seit 1880. RG 2, 168 f. 173 ff.
5) Vgl. Enneccerus, Bürg. R. § 139 II, 1; RG 57, 177.

lich nicht berechtigt. Das fiduciarische Recht (Eigentum, Forderungsrecht) ist also ein von den Parteien geschaffenes, relativ wirksames Recht. Das fiduciarische Eigentum ist folgendermaßen gestaltet: Der Treuhänder ist Volleigentümer. Sein Eigentum wirkt allen gegenüber mit Ausnahme des Treugebers. Der Treugeber ist ebenfalls Volleigentümer. Sein Eigentum wirkt aber nur gegenüber dem Treuhänder[1]). Der Treuhänder hat also ein relativ unwirksames, der Treugeber ein relativ wirksames Recht. Der Treugeber kann im Konkurse des Treuhänders aussondern; denn ihm gegenüber ist der Treuhänder nicht berechtigt.

II. Vertreter.

Aufgestellt wurde diese Theorie von Jaeger in seinem Kommentar zur KO[2]). In der neuesten Auflage dieses Kommentars hat er sie jedoch aufgegeben[3]). Eine klare Formulierung erhielt sie durch M. Wolff[4]). Vertreten wird sie ferner von Weinberger, Stauffacher[5]). Vereinzelt hat sich ihr für die fiduciarische Cession das Reichsgericht angeschlossen[6]). Für das Vollindossament zum Inkasso wird die relative Theorie von Rehbein und, freilich etwas modifziert, schon 1888 von de Jonge verfochten[7]).

Der relativen Theorie verwandt ist die Ansicht, die den Treuhänder als nur nach außen berechtigt erscheinen läßt, während er nach innen nicht berechtigt ist. So: Dernburg, Schollmeyer, Jacubetzky und vereinzelt das Reichsoberhandelsgericht.[8])

1) So namentlich Wolff, Sachenrecht § 88 V.

2) Jaeger, KO. (2) § 43 Anm. 18.

3) Jaeger, KO. (3/4) § 43 Anm. 40.

4) M. Wolff, Sachenrecht § 88 V.

5) Weinberger, Hirths Ann. 1902, 424 ff; Stauffacher, Zur Aussonderung fiduciarisch anvertrauter Werte S. 16.

6) RG., Gruchots Beitr. 49, 901.

7) Rehbein, WO. Artt. 9—17, Anm. 29; de Jonge, Grünhuts Z. 15, 567. Rehbein, unterscheidet neben dem Inkassoindossament noch ein besonderes fiduciarisches Indossament im Sinne der absoluten Theorie.

8) Dernburg, Pandekten (7) I S. 232 § 100; Vgl. jedoch Dernburg, Bürg. R. I § 172 S. 504; Schollmeyer, BGB. § 398 Erl. IV; Jacubetzky, Bem. z. d. Entwurf eines BGB. S. 31 f; ROHG. 1, 171.

III. Kritik.

1. Für die relative Theorie sprechen einige Gründe:

a. Der Treugeber wäre dinglich gesichert; denn eine Verfügung des Treuhänders wäre ihm gegenüber unwirksam, es sei denn, daß der Erwerber gutgläubig wäre.

b. Die rechtlichen Wirkungen des Treuhandgeschäfts kämen dem wirtschaftlichen Zweck, den die Parteien verfolgen, nahe. Der Treuhänder wäre Eigentümer, Gläubiger gegenüber Dritten, könnte sicher auftreten und dabei wäre die Stellung des Treugebers ungeschwächt.

c. Auch ein Aussonderungsrecht wäre gegeben. Denn dem Treugeber gegenüber gehörte das Recht nicht in das Vermögen des Gemeinschuldners. Der Treugeber hätte einen dinglichen Herausgabeanspruch, der stets ein Aussonderungsanspruch ist[1]).

2. Der Grund gegen die relative Theorie ist folgender:

Es gäbe ein relativ wirksames dingliches Recht. Da das dingliche Recht eine Art des absoluten Rechts ist, wäre es ein relativ wirksames absolutes Recht. Dies wäre ein Widerspruch in sich selbst. Denn absolut heißt allen und nicht nur bestimmten Personen gegenüber wirksam. Für den Fall des Eigentums wäre der Treugeber Volleigentümer gegenüber dem Treuhänder. Der Treuhänder wäre ebenfalls Volleigentümer gegenüber dem Treugeber. Wir hätten zwei Volleigentümer einer Sache, eine „Duplizität des Subjekts“[2]). Dies widerspricht dem heutigen Eigentumsbegriff.

Allerdings darf man das relativ unwirksame Eigentum nicht mit dem früher weit verbreiteten, heute nur noch spärlich vorhandenen „geteilten Eigentum“ verwechseln. Beim geteilten Eigentum ist der Inhalt des Eigentums geteilt, nicht seine Wirkung[3]). Deshalb ist der Vorwurf

1) Andrer Meinung: Hellmann, Konkursrecht § 17 Anm. 2; Stammler, Recht der Schuldverh. S. 195.

2) v. Tuhr, Allgem. Teil I. S. 80 ff.

3) Vgl. O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht II § 121.

A. Schultzes, nach der relativen Theorie „erscheine das vielgeschmähte (mitRecht?) geteilte Eigentum wieder auf der Bildfläche", ungerechtfertigt[1]).

Trotz der ungewöhnlichen Regelwidrigkeit eines relativ wirksamen dinglichen Rechts müßte ein solches in denjenigen Fällen angenommen werden, in denen es ausnahmsweise das Gesetz vorschreibt. Gibt es aber solche Fälle? Dies behaupten die Vertreter der Theorie der relativen Rechtsübertragung. Sie stützen sich namentlich auf die Natur der Rechte, die durch eine gegen ein relatives Veräußerungsverbot (BGB. §§ 135, 136) verstoßende Verfügung entstehen[2]). Diese verbotswidrigen dinglichen Rechte sind nach der herrschenden Meinung relativ nichtig[3]). Ob dies zutrifft, sei dahingestellt; denn, auch wenn es zutrifft, können wir diese Anomalie für das fiduciarische Geschäft nicht verwerten.

Die Fälle der relativ dinglichen Rechte beruhen, wenn sie bestehen, auf Gesetz. Die Parteien können nicht willkürlich relativ dingliche Rechte schaffen. Dies verstöße gegen § 137 Satz 1 BGB[4]): Die Befugnis zur Verfügung kann durch Rechtsgeschäft nicht beschränkt werden. Die Theorie der relativen Rechtsübertragung beschränkt jedoch die Verfügungsbefugnis. Der Treuhänder hätte ein beschränkt wirksames Recht. Die Beschränkung bestände darin, daß er dem Treugeber gegenüber keine Verfügungsbefugnis hätte. Verfügte er, so wäre die Verfügung dem Treugeber gegenüber unwirksam. Der Dritte erwärbe ein beschränkt wirksames Recht. Es wäre das erreicht, was § 137 BGB. verhindern will: eine Außerkurssetzung. Der Treugeber bliebe immer berechtigt. Er könnte gegen jeden Erwerber sein Recht geltend machen, wenn

1) A. Schultze, Jherings J. 43, 29.

2) So: Jaeger, KO. (2) § 43 Anm. 18; Wolff, Sachenrecht § 88 V.

3) So außer Jaeger und Wolff auch Enneccerus, § 135 II 1b; Biermann, Bürg. R. I § 53 4c; Planck, BGB (3) § 135 Erl. 2; RGR Komm. § 135 Erl. 2; v. Tuhr Allg. Teil I S. 70; Andrer Meinung neuerdings Strohal, Ueber relative Unwirksamkeit S. 1 ff, bes. S. 49—53; (Planck — Flad BGB (4) § 135 Anm. II.

4) A. M. Jaeger, KO. (2) § 43 Anm. 18 ohne Begründung.

dieser nicht gerade gutgläubig wäre. BGB. § 135 Abs 2; § 932.

Man wende nicht ein, eine Verfügungsbeschränkung könne zwar nicht bei allen Rechten, aber doch bei schlichten Forderungen und den in der Uebertragung ihnen gleichgestellten Rechten (BGB. § 413) rechtsgeschäftlich herbeigeführt werden. Dafür spreche § 399 BGB., da er die Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses zulasse.

Hier wird jedoch nur der vertragsmäßig begründete Ausschluß der Abtretbarkeit für zulässig erklärt. Nur insofern bildet also § 399 eine Ausnahme von § 137. Eine Beschränkung der Abtretbarkeit ist hier ebenfalls unzulässig. Die Wirkung des Ausschusses ist auch von der der Beschränkung verschieden; denn im Falle des Ausschlusses erhält der Erwerber kein Gläubigerrecht, im Falle der Beschränkung erhielte er ein relativ wirksames Gläubigerrecht.

Kapitel III.

Die Bedingungstheorie.

(Theorie der auflösend bedingten Rechtsübertragung).

I. These:

Der Treuhänder erhält das anvertraute Recht voll übertragen, jedoch unter auflösender Bedingung. Auflösende Bedingung ist jedes Ereignis, das den Zweck des Treuhandgeschäftes vereitelt. Namentlich: die treuwidrige Verfügung, der Tod des Treuhänders, der Konkursausbruch über das Vermögen des Treuhänders, die Pfändung des Treugutes. Die auflösende Bedingung wird von dem Treugeber und Treuhänder vereinbart. Dafür streitet eine Tatsachenvermutung (praesumptio facti).

Neben der Treuhandverfügung besteht ein obligatorischer Vertrag, der die Pflichten des Treuhänders bestimmt.

Das Treugut gehört in das Vermögen des Treuhänders. Im Falle des Konkurses fällt es jedoch, da die auflösende Bedingung eingetreten ist, von selbst in das Vermögen des Treugebers zurück. Da es also nicht mehr dem Treuhänder gehört, kann es ausgesondert werden.

Das Eigenartige der Theorie liegt in der Annahme einer vereinbarten Bedingung. Deshalb erscheint der Name „Bedingungstheorie“ bezeichnender als der Name „Treu-

händertheorie", den z. B. A. Schmidt wählt[1]).

II. Vertreter.

Aufgestellt ist diese Theorie von A. Schultze[2]). Aufgenommen ist sie von Pappenheim, Riezler, Luetgebrune, Schlegelmilch[3]).

III. Kritik.

1. Die Bedingungstheorie hat viele Gründe für sich.

a. Vor allem spricht für sie die Zweckmäßigkeit. Der Treugeber ist dinglich gesichert. Denn mit jedem treuhandwidrigen Ereignis fällt das von dem Treugeber übertragene Recht an ihn von selbst zurück.

Ein Aussonderungsrecht ergibt sich ohne weiteres. Der Unredliche erwirbt kein Recht durch die treuhandwidrige Verfügung. Anders ist es bei der absoluten Theorie. Denn hier ist der Treugeber unbeschränkt und unbedingt berechtigt.

Die Bedingungstheorie ist anpassungsfähig, da die Bedingung nach dem Treuhandzweck verschieden gestaltet sein kann[4]).

b. Die Bedingungstheorie findet auch einen geschichtlichen Anhalt.

Sie stützt sich auf das germanische Recht. Hier waren schon früh Treuhänderschaften bekannt. Vor allem spielte der Salmann im Grundstücksverkehr eine bedeutende Rolle. Mannigfache Funktionen hatte er zu erfüllen[5]). So erwarb z. B. durch ihn ein Nichtbürger Grundstücke in der Stadt. Hierdurch wurde eine „Umwandlung des Bürgerrechts und der Stadtverfassung" herbeigeführt[6]). So erscheint er ferner als Vollzieher letztwilliger Verfügungen[7]), namentlich als Verwalter von Spenden zu wohl-

1) A. Schmidt, Gruchots Beitr. 57, 242.

2) A. Schultze, Iherings J. 43, 1 ff.

3) Pappenheim, krit. V. Schr. 44, 368 f; Riezler, krit. V. Schr. 48, 70; Luetgebrune, Sicherungsübereignung 54; Schlegelmilch, Wesen des fiduciarischen Rechtsgeschäfts (Diss.) 48 ff.

4) A. Schultze, Iherings J. 43, 191.

5) Heusler, Institutionen I S. 215 ff.

6) Schultze, Iherings J. 43, 8.

7) Erstes Zeugnis: Lex salica tit. 46; Heusler, Institutionen I S. 216.

tätigen und kirchlichen Zwecken[1]). Er ist das Urbild unseres Testamentsvollstreckers. Fast immer ist der Treuhänder dabei dinglich gebunden, häufig mittels einer auflösenden Bedingung, die dem jeweiligen Zweck der Treuhand angepasst war. Hierin liegt ein bedeutender Unterschied vom römischen Recht, nach dem der Treuhänder nur obligatorische Pflichten hatte. Der Grund des Unterschiedes liegt in der Verschiedenheit des römischen und germanischen Sachenrechts. Im römischen Recht gab es keinen Schutz des gutgläubigen Erwerbs, sodaß jede dingliche Sicherung des Treugebers den Verkehr gefährdete. Im germanischen Recht dagegen galt der Grundsatz „Hand wahre Hand". Der gute Glaube wurde geschützt[2]).

Der germanische Grundsatz ist in das heutige Recht teilweise (ins Sachenrecht, Wechselrecht z. B.) übergegangen. Deshalb erscheint in diesem Umfange eine Fortbildung des germanischen Treuhandgedankens als möglich und wünschenswert.

c. Schließlich verwendet die Bedingungstheorie zulässige Konstruktionen. Jedoch ist dies hinsichtlich der auflösenden Bedingung bei der Fahrnisübereignung[3]) bestritten.

α. Es wird behauptet, die Bestellung eines auflösend bedingten Eigentums sei nach BGB. unmöglich. So: Schott, Crome, Oertmann, Schlossmann[4]).

Schott[5]) führt für seine Ansicht als Hauptgrund Folgendes an: Wäre die Uebereignung unter auflösender Bedingung gestattet, so wäre dasselbe erreicht, was § 137 BGB. verbietet: das Außerverkehrbringen von Gegenständen. Dies ist unzutreffend: Verfügt jemand gegen ein Ver-

1) Schultze, Iherings J. 43, 7.

2) Schultze, Iherings J. 43 § 3 (S. 13 ff.)

3) Bei Grundstücken ist eine bedingte Uebereignung gesetzlich ausgeschlossen. BGB. § 925 Abs. 2.

4) Schott, Festschrift für Dahn S. 305 ff; Crome, Bürg. R. I § 85, S. 379; Oertmann, BGB. § 137 Bem. 2a β S. 422; Schlossmann, Stellvertretung Bd. 2 S. 382.

5) Schott, a. a. O. S. 328.

äußerungsverbot, so überträgt er sein Recht auf den Erwerber; verfügt er dagegen einer auflösenden Bedingung zuwider, so verliert er sein Recht, da das Recht dinglich, als unbedingtes, also wiederum in Verkehr gebrachtes Recht an den Setzer der Bedingung zurückfällt. BGB. § 158 Abs. 2[1]).

Allerdings trifft dies nur für die Verfügung, ein Rechtsgeschäft, eines unter auflösender Bedingung Berechtigten zu. Seinen Gläubigern ist der Gegenstand ebenso wie durch ein Veräußerungsverbot entzogen. Fällt der Treuhänder in Konkurs, so kann der Treugeber aussondern, da ihm nach erfüllter Bedingung sein früheres Eigentum wieder zusteht. Wird der Gegenstand gepfändet, so ist die Widerspruchsklage zulässig. ZPO. § 771. Durch ein auflösend bedingtes Eigentum können die Gläubiger also wohl geschädigt werden. Sie hätten nur ein Anfechtungsrecht. (KO. § 31; Anf. Ges. § 3) und könnten vielleicht nach BGB. §§ 138, 826 vorgehen. Aber dann müßten sie wieder die unsittliche Schädigung nachweisen. Dieser Nachteil dürfte nicht größer sein als der Nachteil, der sich aus der Unzulässigkeit einer bedingten Fahrnisübereignung ergibt.

Jedoch treffen diese Erwägungen beim Treuhänder nicht zu[2]): Denn Treugut kann ausgesondert werden, auch wenn man es als volles unbedingtes Recht auffaßt. Dies ist die weitaus herrschende Ansicht, deren Richtigkeit unten S. 49 ff. bewiesen werden wird.

Oertmann[3]) macht zur Verteidigung der Ansicht von Schott geltend, daß der § 137 als zwingende Specialvorschrift den allgemeinen Vorschriften über Bedingungen (BGB. §§ 158 ff.) vorgehe. Richtig ist, daß § 137 zwingender Natur ist, unrichtig aber, daß er eine Specialvorschrift gegenüber den §§ 158 ff. bildet[4]); denn der Ausschluß eines rechtsgeschäftlichen dinglichen Veräußerungsverbots ist ein allgemeiner Grundsatz, die Hinzufügung

1) Heymann, Trustee 48.

2) Schöny, Bürg. Arch. 35, 344 f.

3) Oertmann, BGB. § 137 Erl. 2a

4) So auch Heymann, Trustee 48; Fischbach, Treuhänder § 218; Schöny, Bürg. Arch. 35, 344.

einer Bedingung erscheint dagegen als Ausnahme gegenüber den normalen Rechtsformen. Mithin sind auch die Vorschriften über die Bedingung specieller Natur.

Damit ist die Zulässigkeit der Fahrnisübereignung unter auflösender Bedingung bewiesen. Sie wird auch von der herrschenden Meinung angenommen[1]).

5. Kann aber auch das Eigentum an der Wechselurkunde und damit das Wechselgläubigerrecht bedingt übertragen werden?

Auch dies ist zu bejahen. Das Wechseleigentum wird übertragen durch Indossament d. h. durch Indossamentsvermerk mit Besitzübergabe und Uebereignungseinigung. Von diesen drei Erfordernissen muß der Indossamentsvermerk[2]) und die Besitzübergabe (Legitimationsbesitz) unbedingt sein. Dies verlangt die Umlaufsfähigkeit des Wechsels. Die Uebereignungseinigung regelt sich dagegen nach Fahrnisrecht. Sie kann also auflösend bedingt sein[3]).

2. Gegen die Bedingungstheorie spricht Folgendes:

a. Die Verkehrssicherheit ist in der Regel durch die Konstruktion Schultzes nicht gefährdet. Denn der Gutgläubige wird im weiten Maße geschützt (BGB. §§ 161 Abs. 3, 932, 1032, 1207, WO. Art. 74). Dies hebt auch Schultze hervor[4]).

Jedoch versagt der gute Glaube bei der Abtretung und Verpfändung von Forderungen, die nicht in Order- oder Inhaberpapieren verbrieft sind. Und die Abtretung und Verpfändung von solchen Forderungen ist keineswegs so selten im Verkehr. Man denke nur an die Sparkassenbücher!

Höchstens könnte man bei einer schriftlichen Zession die Vorschrift des § 405 BGB. auf das Verhältnis des Treugebers zum gutgläubigen Erwerber analog anwenden, und zwar einmal analog bei der Abtretung, doppelt analog bei der Verpfändung: Der Schuldner kann sich dem

1) Enneccerus, Bürg. R. § 135 Anm. 11; Planck-Flad, § 137 Erl. 2b; Gierke, D. Pr. R. II § 133 Anm. 26—28; Kohler, Bürg. R. I S. 429.

2) In diesem Sinne wird das Wort „Indossament“ in Art. 10 des Entwurfs einer WO. gebraucht. R. Anz. 1914 Nr. 18 Beilage 2.

3) Vgl. hierzu die Ausführung oben S. 20 ff.

4) Schultze, Iherings J. 43, 20.

gutgläubigen Zessionar nicht auf eine vereinbarte Unabtretbarkeit berufen, wenn sie sich nicht aus dem Schuldschein ergibt (BGB § 405, bei der Verpfändung Analogie[1]) zu § 405). Ebenso könnte der Treugeber sich dem gutgläubigen Erwerber nicht auf die auflösende Bedingung berufen, wenn sich ihre Vereinbarung nicht aus dem Abtretungsvermerk ergäbe. — Diese Analogie ist jedoch zweifelhaft. Außerdem bliebe der Mißstand, wenn die fiduciarische Zession mündlich abgeschlossen wäre.

Hierin liegt also eine Schattenseite der Bedingungstheorie. Diese beachtet Schultze nicht. Vielmehr will er seine Theorie auch bei der Treuhandzession verwerten[2]).

b. Die Bedingungstheorie macht eine einheitliche Behandlung des fiduciarischen Geschäfts unmöglich.

So versagt sie bei der Auflassung von Grundstücken. Diese darf nicht unter einer Bedingung erfolgen (BGB. § 925 Abs. 2). Allerdings könnte durch Vormerkung eines resolutiv bedingten Anspruchs auf Rückübereignung geholfen werden (BGB § 883 Abs. 1). Die Parteien sind aber in der Regel rechtsunkundig und dürften daher wohl selten eine Vormerkung eintragen lassen[3]).

Auch bei der fiduciarischen Zession wäre eine einheitliche Behandlung ausgeschlossen, da die Bedingungstheorie, wie gezeigt, hier auf Schwierigkeiten stößt.

c. Zweifelhaft kann die Anwendung der Bedingungstheorie bei denjenigen Inkassotreuhandgeschäften erscheinen, bei denen der Schuldner nur gegen Uebertragung gewisser Gegenstände zur Zahlung verpflichtet ist, z. B. nur gegen Aushändigung der Schuldurkunden. Mann könnte denken: Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der Schuldurkunden zur Zahlung verpflichtet. Er kann die Uebertragung des Eigentums und zwar des unbedingten Eigentums an diesen Urkunden verlangen. Wie kann nun der Inkassomandatar dies übertragen? Er hat doch selbst nur bedingtes Eigentum.

Die Zweifel lösen sich durch § 161 BGB. Die Uebereignung ist voll wirksam, da sie die von der Bedingung

1) So auch Enneccerus, Bürg. R. § 303 Anm. 8 (Bd. II S. 225).
2) Schultze, Iherings J. 43, 102.
3) Vgl. z. B. den Fall in RG 45, 80 ff.

abhängige Wirkung weder vereitelt noch beeinträchtigt.[1]).

d. Eine Vermutung für die Vereinbarung einer Resolutivbedingung kann nicht ohne weiteres bei jedem Treuhandgeschäft angenommen werden. Dies würde auf eine Fiktion hinauslaufen[2]). Es muß vielmehr auch eine stillschweigende Vereinbarung der Bedingung immer bewiesen werden. Die Beweisführung kann natürlich mittels Indizien erfolgen. ZPO. § 286. Nur insofern ist die Bedingungstheorie anzuerkennen[3]).

Es muß also von Fall zu Fall geprüft werden, ob die Bedingungstheorie Anwendung finden kann.

Beim Inkassovollindossament wird das in der Regel nicht anzunehmen sein. Vor allem stehen einer solchen Annahme die oft übertriebenen kaufmännischen Anschauungen vom Wechselformalismus entgegen. Die Wechselübertragung wird als bedingungsfeindlich angesehen, desto mehr, als der Indossamentsvermerk keine Bedingung verträgt. Ferner würde durch eine Bedingung dem Inkassomandatar ein Mißtrauen ausgedrückt, und dies will man ja gerade vermeiden.

Kapitel IV.

Die absolute Theorie.

(Die Theorie der unbeschränkten und unbedingten Rechtsübertragung).

I. These.

Das anvertraute Recht wird im vollen Umfang unbeschränkt und unbedingt auf den Treuhänder übertragen. Der Treuhänder wird nur obligatorisch verpflichtet, mit dem anvertauten Recht nach Art des Treuhandverhältnisses zu verfahren.

---

1) Mit einem Verfügungsrecht nach § 185 Abs. 1 BGB. wäre nur bei einem gutwilligen Schuldner geholfen.

2) Ebenso: Heymann, Trustee S. 46 f; O. Gierke, D. Pr. R. § 111 Anm. 43; Dernburg, Bürg. R. I § 172 Anm. 1; Fischbach, Treuhänder S. 131; Grünschild, Die Treuhänderschaft S. 11.

3) Ebenso: Heymann, Trustee S. 46 f; Grünschild, Die Treuhänderschaft S. 11; Vgl. auch RG 79, 185 f.

Diese Theorie entspricht dem römischrechtlichen fiduciarischen Geschäft, der fiducia. Deshalb wäre vielleicht der Name „Fiducia-Theorie„ am Platze. Besser dürfte jedoch der Ausdruck „absolute Theorie" sein. Hierdurch wird die unbeschränkte dingliche Rechtsmacht des Treuhänders gekennzeichnet.

II. Vertreter.

Die absolute Theorie ist die weitaus herrschende. Sie wird besonders vom Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht vertreten[1]). Ferner von vielen, namhaften Schriftstellern wie: Planck-Flad, Oertmann, Staudinger-Riezler, Enneccerus, Biermann, Crome, Cosack, Kohler, Regelsberger, K. Hellwig, Grünhut, Jaeger, Goldschmidt, Seuffert, Wendt[2]). Schließlich vertreten die absolute Theorie auch: Wulff, Lang, Berolzheimer und neuestens Grünschild[3]).

III. Kritik.

1. Gegen die absolute Theorie sprechen folgende Gründe:

a. Der Treuhänder erhält eine Rechtsmacht, die über den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts weit mehr hinausgeht, als bei der relativen und der Bedingungstheorie. Hier ist also das Mißverhältnis von Recht und Wirtschaft am größten.

1) ROHG. 3, 345; 6, 54 f; RG. 2, 168 ff; 27, 128 ff; 45, 80 ff; Gruchots Beitr. 49, 50; zuletzt RG. 79. 185 f; Vgl. auch RGR. Komm. (2) vor § 104 Zif. 6.

2) Planck-Flad (4) § 117. Oertmann, BGB. Vorbem. 3 zu § 398; v. Staudinger-Riezler, BGB. (5/6) Einl. vor § 104 unter VI H, S. 357. Enneccerus, Bürg. R. § 139 II. Biermann, BR. I, 236 f. Endemann, Bürg. R. I § 62 Ziff. 4; Crome, Bürg. R. I § 76 I. Cosack, Bürg. R. I S. 257 f. Kohler, Bürg. R. II S. 14. Regelsberger, Arch. Civ. Prax. 63, 186 ff. Pandekten, I § 141 III. K. Hellwig, Arch. Civ. Prax 64, 379 f. Grünhut, Wechselrecht II § 89. Jaeger, KO. (3/4) § 43 Anm. 38 ff. Goldschmidt, ZfHR. 28, 82 ff. Seuffert, Konk. Proz. R. § 16 Note 1. Wendt, Arch. Civ. Prax. 100, 275 ff.

3) Wulff, Vollgiro S. 71 ff. Lang, Arch. Civ. Prax. 83, 336 ff. Berolzheimer, die fiduciarische Cession S. 4 ff. Grünschild, Treuhänderschaft S. 8 ff.

b. Der Treugeber hat keinen dinglichen Schutz. Eine treuwidrige Verfügung ist vollgültig[1]). Auch wer in Kenntnis des Treuhandverhältnisses das anvertraute Recht sich übertragen läßt, erwirbt das Recht.

Freilich macht sich der Treuhänder schadensersatzpflichtig, da er gegen den obligatorischen Vertrag verstößt. Zuweilen wird auch der unredliche Erwerber zum Schadensersatz nach BGB. § 826 verpflichtet sein. Er muß dann das erlangte Recht zurückübertragen. (BGB. § 249).

2. Die Gründe, die für die absolute Theorie sprechen, überwiegen ihre Nachteile.

a. Die absolute Theorie ist vor allem konstruktiv unanfechtbar und unangefochten. Sie verstößt nicht gegen zwingende Rechtsvorschriften und hütet sich vor Fiktionen.

b. Sie findet eine Stütze im römischen Recht. Dies ist in der Form des gemeinen Rechts die Grundlage unseres heutigen Privatrechtssystems. Zwar wird die fiducia in der Justinianischen Gesetzgebung nicht erwähnt. Sie ist aber trotzdem ein brauchbares römisch-rechtliches Institut geblieben und hat in den letzten Jahren der Geltung des gemeinen Rechts in Deutschland bewußte Verwendung gefunden[2]).

Die fiducia des römischen Rechts bietet ein mannigfaches Bild. Sie diente den verschiedensten (z. B. wirtschaftlichen, standesrechtlichen) Zwecken. Einige Beispiele seien angeführt:

Zu einer Zeit, wo noch das pignus und die hypotheca unbekannt waren, wurde die fiducia zu Verpfändungszwekken angewandt. Dies ist die fiducia cum creditore[3]). Der Gläubiger erhielt das volle Eigentum durch mancipatio oder in iure cessio. Er wurde durch ein pactum fiduciae nur obligatorisch verpflichtet, nach Leistung durch den Schuld-

1) RG. 24, 161 ff. Regelsberger, Pandekten S. 518 f. Ennecerus Bürg. R. § 139 II 1.

2) Vgl. Kohler, Iherings J. 16, 149. Regelsberger, Arch. Civ. Prax. 63, 172 f. RG. 2, 168 ff.

3) Gai Institutiones II, 60; Vgl. v. Czyhlarz, Institutionen (1905), S. 131 f.

ner das Eigentum zurückzuübertragen. Dieses Institut entspricht unserer heutigen Sicherungsübertragung von Rechten.

Dem Inkassotreuhandgeschäft ähnelt die adstipulatio (fiduciae causa). Der Inkassomandatar wurde Mitgläubiger (Gesamtgläubiger), an den der Schuldner zu leisten hatte[1]). Dies Institut wurde verwandt, um einem Vermögensverwalter eine freiere Stellung zu geben[2]). Danach war es wohl möglich, daß ein Gläubiger, der zur Zeit der Fälligkeit sich nicht am Erfüllungsort befand, sich einen adstipulator verschaffte. Dann konnte der Schuldner an den am Erfüllungsort anwesenden adstipulator leisten.

Ferner wurde die fiducia z. B. angewandt, um die Veräußerung einer Sache zu erleichtern. Dies ist ein Fall der fiducia cum amico contracta. Der Fiduciar ist auf Grund eines Mandats zur Veräußerung eines ihm nicht gehörigen Gegenstands verpflichtet. Zu diesem Zwecke wird ihm das Eigentum an dem Gegenstand verschafft[3]). Dieser Fall erinnert an das Inkassotreuhandgeschäft zwecks Weiterübertragung.

Im Unterschiede zur deutschen Treuhänderschaft wird bei der fiducia das anvertraute Recht stets im vollen Umfang unbedingt übertragen. Der Fiduciar wird nur obligatorisch gebunden[4]).

c. Die absolute Theorie führt zu befriedigenden Ergebnissen. So hat beim Inkassovollindossament eines Wechsels der Schuldner gegen den Inkassoindossatar, der durch das Vollindossament Gläubiger wird, alle Einwendungen, die ihm gegen den Indossanten, seinen wirtschaftlichen Gläubiger, zustehen. Der Indossatar handelt gegen Treu und Glauben, wenn er diese Einwendungen nicht zuläßt; denn dadurch werden sie dem Schuldner abgeschnitten. Der Schuldner wird vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt. (BGB. § 826). Der Inkassoindossatar ist ja wirtschaftlich nur das

1) Gai Institutiones III §§ 110, 111.
2) Regelsberger, Arch. Civ. Prax. 63, 172.
3) v. Czyhlarz, Institutionen S. 133 (Anm.)
4) Vgl. Oertmann, Fiducia 161 f.

Werkzeug des Indossanten. Er hat den eingezogenen Betrag an diesen abzuführen. Deshalb muß er sich die Einwendungen gefallen lassen. Dies ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung[1]).

Ferner kann der Wechselschuldner auch Einwendungen, die ihm gegen den Indossatar zustehen, geltend machen z. B. aufrechnen[2]). Dies erscheint zweckmäßig; denn, weshalb soll der Schuldner zuerst an den einziehenden Bankier zahlen und dann noch einmal seine Forderung gegen den Bankier, womöglich noch in einem neuen Prozeß[3]), geltend machen? Zwei Zahlungen wären erforderlich! Der Treugeber hätte keinen Vorteil davon; denn das gezahlte Geld fällt in das Eigentum des Inkassomandatars. Der Treugeber hat nur einen obligatorischen Anspruch, gleichgültig, ob der Inkassomandatar das Geld erhalten hat, oder ob er nur von seiner Verbindlichkeit befreit worden ist.

d. Insbesondere ist aber auch bei der absoluten Theorie ein Aussonderungsrecht des Treugutes gegeben. Dies ist jedoch bestritten[4]).

1) RG. 4, 101; 11, 9; 28, 129; 32, 128; 41, 115; Grünhut, Wechselrecht II § 89 (S. 146 f); Regelsberger, Arch. Civ. Prax. 63, 191 f; Kohler, Iherings J. 16, 151; A. Schultze, Iherings J. 43,56; Wendt, Arch. Civ. Prax. 100, 281.

2) A. M. (nach seiner Theorie folgerichtig). Jacobi, Wertpapier als Legitimationsmittel 60 f;

3) Freilich könnte er oft (nicht nur bei rechtlichem Zusammenhang; § 33 ZPO. gibt nur einen neuen Kompetenzgrund; anders die h. M.) eine Widerklage erheben, jedoch nur in erster Instanz! ZPO. § 529 Abs. 2 Vgl. aber auch § 529 Abs. 3.

4) **Dafür:** Vor allem das RG. (Vgl. unten S. 52, Anm. 4); ferner: Ennecerus, Bürg. R. § 139 II; Endemann. Bürg. R. (8) I § 62 Ziff. 4; Crome, Bürg. R. Bd. I § 76 I; Cosack, Bürg. R. I, 257 f; Kohler; Lehrbuch d. Konk. R. § 35, Leidfaden des K. R. (2) 8. 117 f.; Fitting, Konk. R. (3) S. 274 f.; Jäger, KO. (3/4) § 43 Anm. 40; Regelsberger, Pandekten I S. 518 f. (anders noch im Arch. Civ. Prax. 63, 186 f); Wendt, Arch. Civ. Prax. 100 S. 403; Heilbrunn, Holdheims M. Schr. 15, 95 f Weidemann, Bankarchiv 5, 178; Rich. Schmidt, ZZPr. 29, 548f. Petersen-Kleinfeller, KO. (4) § 43 Anm. 9; Grünschild, Treuhänderschaft S. 17; Goldschmidt, ZfHR. 28, 83.

Dawider: v. Seuffert, Konk. Proz. R. § 16 Note 10; Hellmann, Konk. R. § 17 Note 2; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte

α. Prüfen wir zunächst die dagegen vorgebrachten Gründe!

aa: Die Gegner berufen sich alle auf die juristische Konstruktion und ihre Folgen.

Sie meinen: Der Treuhänder habe das Recht voll übertragen erhalten. Es gehöre[1]) also im Sinne des § 43 KO. zu seinem Vermögen. Folglich könne nicht ausgesondert werden.

Der Gedankengang ist folgerichtig, aber lückenhaft. Er berücksichtigt weder die gewohnheitsrechtliche Bildung noch das wichtige Auslegungsmittel der Analogie. Er führt außerdem zu einem traurigen Ergebnis. Das letztere wird vielfach auch von Gegnern zugegeben[2]).

bb. Hellmann[3]) meint, die Gewährung eines Aussonderungsrechts gefährde die Verkehrssicherheit.

Die Gläubiger könnten leicht über das Vermögen des Schuldners (Treuhänders) getäuscht werden. Er geht anscheinend davon aus, daß die Gläubiger dem Besitz trauen dürfen. Ein Gläubiger darf aber nicht dem Schein (Besitz) trauen! Denn das Vertrauen auf den Schein hilft nur demjenigen, der durch rechtsgeschäftliche Verfügung ein Recht erwirbt, und zwar nur in den ausdrücklich geregelten Fällen. (BGB. §§ 405, 891, 892, 932, 1032, 1207, WO. Art. 74). Das Vertrauen versagt dagegen bei Verpflichtungsgeschäften und bei Zwangsvollstreckungen. Außerdem mangelt der Schutz nicht nur bei fiduciarischen Geschäften; denn wie oft fällt der Schein und das Recht auseinander! Man denke an den Mieter, Entleiher, Verwahrer, den im Grundbuch fälschlich Eingetragenen!

S. 237 Note 456; Biermann, Bürg. R. I S. 236 f; Kriegsmann, Rechtsgrund der Eigentumsübertragung S. 68 f.; Lang, Arch. Civ. Proz. 83, 336 f.; Dreyer, Gruchots Beitr. 40, 458 f; Goltz, Das fiduciarische Rechtsgeschäft S. 85 ff; Sohm, Widerspruchsklage S, 119; mit einer Einschränkung auch Grünhut, Wechselrecht II S. 142.

1) Das Wort „gehören" ist im § 43 KO. im juristischen Sinne gebraucht. Ebenso: Jaeger, KO. (3/4) § 43 Anm. 40. A. M. R. Schmidt, ZZP 29, 547 f. Weidemann, Bank Archiv. 5, 178. die Rechtsordnung kennt keinen Unterschied zwischen wirtschaftlichem und juristischem Gehören.

2) Vgl. namentl. Goltz, Das fiduciarische Rechtsgesch. 91 f.

3) Hellmann, Konk. R. § 17 Note 2.

Die Gläubiger werden also durch fiduciarische Geschäfte nicht benachteiligt.

β. Die Gründe für die Gewährung des Aussonderungsrechts sind folgende:

aa. Das Aussonderungsrecht ist zweckmäßig.

Wirtschaftlich gehört der Gegenstand dem Treugeber. Eine Uebereinstimmung von Recht und Wirtschaft ist immer zweckmäßig.

Die Zweckmäßigkeit bezeugen auch die Vorberatungen zur Konkursordnung in der Reichstagskommission von 1875–1876[1]). Hinsichtlich der Inkassotreuhandgeschäfte war man sich hier darüber vollkommen einig, daß die anvertrauten Rechte ausgesondert werden müssen. Nur in der rechtlichen Begründung herrschte Meinungsverschiedenheit. Die Mehrheit hielt das Aussonderungsrecht nach dem geltenden Recht mit Unrecht für begründet. Die Minderheit, an ihrer Spitze Goldschmidt, verlangte dagegen eine besondere Vorschrift darüber. Sie drang nicht durch. Jedoch wurde zu Protokoll festgestellt, daß durch § 35, jetzt § 43, KO. das Aussonderungsrecht nicht ausgeschlossen sei. Damit meinte man, einen Einklang zwischen der „Intention des Gesetzes“ und der Rechtssprechung herbeizuführen[2]).

Zwar ist die zu Protokoll festgestellte Ansicht nicht Gesetz geworden, weil sie im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen ist. Aber immerhin beweist sie, für wie zweckmäßig der Gesetzgeber das Aussonderungsrecht hielt.

Die Zweckmäßigkeit ergibt sich ferner aus folgender Erwägung: Mit der Verneinung des Aussonderungsrechts von Treugut wären die Treuhandgeschäfte dahin; denn sie wären für den Treugeber zu gefährlich. Wäre dies wünschenswert? Gewiß nicht! Denn die Treuhandgeschäfte erfüllen, wenn sie nicht unsittlich sind, gesunde, wirtschaftliche Zwecke. Denken wir an den Treuhänder von Rechten eines nichtrechtsfähigen Vereins, an den Treuhänder öffentlich gesammelter Bei-

1) Hahn, Materialien zur KO. S. 540 ff, S. 718 ff.
2) Vgl. Hahn, Materialien zur KO. S. 719.

träge, an die Treuhänderschaft zum Zweck der Gläubigerbefriedigung und Konkursvermeidung[1]). Auch die Inkassotreuhandgeschäfte erleichtern den Geldverkehr.

Die Zweckmäßigkeit zeigt uns weiter die Rechtsvergleichung. In vielen ausländischen Staaten ist das Aussonderungsrecht fiduciarisch anvertrauter Rechte, namentlich der Handelspapierrechte, gesetzlich angeordnet[2]).

bb. Das Aussonderungsrecht ist gewohnheitsrechtlich anerkannt[3]).

Es ist also Gesetz. (EGKO. § 2).

Alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind vorhanden: eine gleichförmige, dauernde, allgemeine Gerichtsübung, die einen Satz bewußt als Rechtsnorm befolgt.

Infolge des im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers, aus Billigkeitsrücksichten und in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre haben unsere höchsten Gerichte stets bestimmt, obwohl nicht immer mit einwandfreier Begründung das Aussonderungsrecht von Treugut bejaht[4]). Das Reichsgericht hat schon im Jahre 1890 ein Aussonderungsrecht anerkannt und seitdem seinen Standpunt nicht geändert.

Das entstandene Gewohnheitsrecht hat das Gesetz abgeändert; denn aus § 43 KO. würde juristisch das Gegenteil folgen. Der Gewohnheitsrechtssatz lautet: Treugut kann im Konkurse des Treuhänders ausgesondert werden.

1) Vgl. hierzu: Grünschild, Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung S. 25 ff.; A. Fischer, Recht und Wirtschaft 1913, S. 197 f.

2) Vgl. die freilich nicht vollständige Zusammenstellung bei Weinberger, Hirths Ann. 1902 S 423 f.

3) Ebenso Jaeger, KO. (3/4) § 43 Anm. 40. Auch das Reichsgericht nimmt Gewohnheitsrecht also vorliegend an; RG. 79, 122. In dieser Entscheidung verzichtet unser höchste Gerichtshof auf Konstruktionsversuche und sagt: „Jedenfalls ist in der Rechtssprechung und ganz überwiegend auch in der Rechtslehre anerkannt, daß dem Treugeber ein Aussonderungsanspruch nicht zu versagen ist". Vgl. auch Biermann, Bürg. R. I § 68, 3.

4) RG. Bolze 11 Nr. 939 (1890); RG. 31, 392; 35, 79; 41, 3; 45, 80 ff; 46, 167; 92, 198 f und zuletzt 79, 121. OLG Hamburg OLG. Rspr. 11, 359; OLG. Oldenburg Seuff. Arch. 49 Nr. 113; Kammergericht, KGBl. 1905 S. 81; OLG. Kolmar, LZ. 1910 S. 487.

Die juristische Konstruktion dürfte folgende sein: Der Aussonderungsanspruch von Treugut ist ein obligatorischer Herausgabeanspruch mit Aussonderungskraft, die ihm vom Gesetz verliehen ist. Es ist ähnlich wie beim Verfolgungsrecht (KO. § 47). Auch hier entsteht richtiger Ansicht nach durch die Geltendmachung des Verfolgungsrechts ein obligatorischer Anspruch mit Aussonderungskraft[1]).

cc. Wollte man ein Gewohnheitsrecht nicht annehmen[2]), so müßte man dennoch auf Grund einer Analogie wenigstens bei kaufmännischen Inkassotreuhandgeschäften das Aussonderungsrecht bejahen[3]).

Nach § 392 Abs. 2 HGB. kann der Kommittent eine Forderung, die der Kommissionär im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten erworben hat, aussondern[4]).

Diese Vorschrift ist singulär. Viele scheuen deshalb ihre analoge Anwendung[5]). Sie gehen dabei von dem Satze aus, daß eine Ausnahmevorschrift nicht analog angewendet werden kann. Dieser Satz ist unrichtig, wie namentlich Zitelmann gezeigt hat[6]). Denn eine Analogie ist zulässig, wenn dieselben rechtspolitischen Gründe, die für den gesetzlich geregelten Fall bestimmend waren, zutreffen. Auch für die Ausnahmebestimmung waren rechtspolitische Gründe maßgebend, und dieselben Gründe können für einen anderen nichtgeregelten Ausnahmefall bestehen. Warum sollte hier also die Analogie ausgeschlossen sein?

Wir haben daher zu prüfen, ob dieselben Gründe, die für den § 392 HBG. bestimmend waren, auch für das Inkassotreuhandgeschäft zutreffen.

1) Vgl. Jaeger, KO. (3/4) § 44 Anm. 8 ff.

2) Zum Schaden der Fortbildung des Rechts ist man mit einer solchen Annahme oft zu ängstlich.

3) Ebenso: RG. Bolze 10, 884; Kohler, Lehrl. Konk. R. S. 179 § 135; Grünhut, Wechselrecht II § 89 Note 5; Fitting, Konk. R. (3) S. 274.

4) Auch das auf Grund der Forderung Geleistete kann richtiger Ansicht nach ausgesondert werden. Analogie zu § 392 II. Vgl. bes: Strohal, Verh. des 22. d. Juristentages Bd. 4 S. 204 f.

5) So z. B. Lang, Arch. Civ. Prax. 83, 848; Jäger, KO. § 43. Anm. 41 u. 53; Goltz, Das fiduciarische Geschäft 87.

6) Zitelmann, Lücken im Recht 24.

Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 beruht auf folgenden Erwägungen: Der Kommissionär erhält vom Kommittenten Waren zum Verkauf. Durch den Verkauf erwirbt er für den Kommittenten eine Forderung. Diese gehört juristisch dem Kommissionär, wirtschaftlich dem Kommittenten, da sie gleichsam Ersatz für die Waren ist und an den Kommittenten abgetreten werden muß. Außerdem werden die Gläubiger des Kommissionärs nicht benachteiligt; denn in der Regel macht Kommissionsgeschäfte ein Kommissionär, und von einem Kommissionär wissen die Gläubiger, daß er viel wirtschaftlich fremdes Vermögen besitzt[1]).

Bei den Inkassotreuhandgeschäften ist es ebenso. Der Inkassomandatar erhält ein Recht voll übertragen. Wirtschaftlich gehört ihm das Recht nicht. Auch seine Gläubiger wissen, daß er gewerbsmäßig Inkassogeschäfte betreibt; denn in der Regel ist der Inkassomandatar ein Bankier.

Außerdem ist der Inkassovertrag zwischen Kaufleuten ein sogenanntes uneigentliches Kommissionsgeschäft. (HGB. § 406 Abs. 1). Auf dieses findet § 392 Abs. 2 ebenfalls Anwendung. Danach würde, wenn der Bankier für die einzuziehende Forderung eine andere Forderung von dem Schuldner erhält, wenn ihm z. B. der Schuldner eine Forderung zahlungshalber überträgt[2]), diese Forderung im Konkurse des Bankiers ausgesondert werden. Diese Forderung ist aber nur das Surrogat der ausgesonderten Forderung. Wenn nun das Surrogat ausgesondert wird, um wieviel mehr muß die anvertraute Forderung selbst ausgesondert werden!

Hieraus ergibt sich, daß nach der absoluten Theorie der Inkassomandant auf jeden Fall aussondern kann.

---

1) Vgl. Staub-Könige, HGB. (8) § 392 Anm. 3.

2) Auch das außerordentlich häufige Kontokorrentverhältnis ist, allerdings nur beschränkt verwertbar; die Kontokorrentforderung wird r. A. nach nach dem Ablauf der Kontokorrentperiode durch Saldovortrag und Anerkenntnis des Vertrages noviert. Vgl. Cosack, Handelsrecht (7) S. 333 f. Die novierte Forderung muß auch ausgesondert werden.

Schluß.

Das Ergebnis der Abhandlung ist folgendes:

I. Die nichtfiduciarischen Theorien sind nicht verwertbar; denn nach ihnen vermag der Inkassomandatar auf den Schuldner keinen Zwang auszuüben. Insbesondere bewähren sie sich nicht im Prozeß. Der Prozeß ist aber neben der Zulässigkeit eines Aussonderungsrechts und eines Widerspruchsrechts nach ZPO. § 771 für das Inkassotreuhandgeschäft der Prüfstein der Brauchbarkeit. Außerdem ist die Simulationstheorie und Wielands Theorie auch aus anderen Gründen konstruktiv anfechtbar.

Nur für die seltene Rechtsübertragung zwecks Verwertung, bei der auf einen Dritten kein Zwang ausgeübt werden soll, ist die Legitimationstheorie annehmbar.

II. Die fiduciarischen Theorien haben den Vorteil, daß sie an keinen prozessualen Mängeln leiden. Auch ein Aussonderungsrecht ist nach ihnen gegeben, und Einreden sind beim Inkassovollindossament zulässig.

Von diesen Theorien ist jedoch allgemein brauchbar nur die herrschende absolute Theorie. Sie ist auch wegen ihrer klaren Konstuktion und ihrer befriedigenden Konsequenzen in der Regel bei Inkassotreuhandgeschäften anzunehmen.

Ausnahmsweise ist auch die Bedingungstheorie zu verwerten. Stets muß aber die Vereinbarung einer Bedingung bewiesen werden.

Die relative Theorie ist ihrer bedenklichen Konstruktion wegen nicht zu billigen.

Lebenslauf.

Ich, Johann Nepomuk Podkomorski, katholischer Konfession bin am 7. Mai 1892 in Obersitzko, Prov. Posen, geboren als Sohn des Kaufmanns Nikodem Podkomorski und seiner Ehefrau Therese geb. Müller.

Den Anfangsunterricht erhielt ich in der Bürgerschule meiner Geburtsstadt. Ostern 1902 bezog ich das Kgl. Gymnasium zu Schrimm und erlangte hier Ostern 1911 das Reifezeugnis.

Hierauf studierte ich je 2 Semester in Leipzig, Berlin und Marburg Rechtswissenschaft und Nationalökonomie. Am 27. Juni 1914 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht in Cassel die erste juristische Prüfung.

Bei Ausbruch des Krieges trat ich als Kriegsfreiwilliger in das Heer ein, wurde jedoch am 19. September 1914 entlassen. Seitdem bin ich als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau tätig.

Am 22. December 1914 bestand ich in Marburg das Doctorexamen.